

---

This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

<https://books.google.com>





## A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

## Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

- + *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
- + *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
- + *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
- + *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

## À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse <http://books.google.com>



*Surv. is. 152* <sup>hc</sup>

*Prevuc*





**REVUE CRITIQUE**  
**DE**  
**LÉGISLATION**  
**ET DE**  
**JURISPRUDENCE.**

---

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Co, rue Racine, 26.

---



**REVUE CRITIQUE**  
DE  
**LÉGISLATION**  
ET DE  
**JURISPRUDENCE**

PAR MM.

**TROPLONG**  
Premier président à la Cour de cassation,  
Membre de l'Institut.

**L. WOLOWSKI**  
Membre de l'Institut.

**PAUL PONT**  
Docteur en droit. Juge au Tribunal  
de la Seine.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION ;

**FAUSTIN HÉLIE**  
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

**NICIAS GAILLARD**  
Premier avocat général à la Cour de cassation.

**LAFERRIÈRE**  
Membre de l'Institut, Inspecteur général  
des Facultés de droit.

**DE VALROGER**  
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté  
de Paris.

**COIN-DELISLE**  
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

**DELANGLE**  
Premier président de la Cour impériale de Paris.

**DE ROYER**  
Procureur général à la Cour de cassation.

**ROULAND**  
Procureur général à la Cour impériale de Paris.

**DEMOLOMBE**  
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

**CH. GIRAUD**  
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté  
de droit de Paris.

**E. LABOULAYE**  
Membre de l'Institut, Professeur au collège  
de France.

**FL. MINEREL**  
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation  
et au Ministère de l'Intérieur.

**MOLINIER**  
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

**ORTOLAN**  
Professeur de législation pénale comparée  
à la Faculté de droit de Paris.

**KENIGSWARTER**  
Membre correspondant de l'Institut.

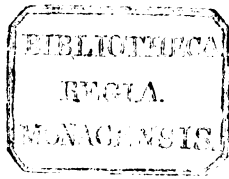
**REVERCHON**  
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

**BERGSON**  
Docteur en droit.

TOME VII. — 5<sup>me</sup> ANNÉE.

**PARIS,**  
**COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT**  
**Au coin de la rue Soufflot, 33.**

1855



REVUE CRITIQUE  
DE LÉGISLATION  
ET DE JURISPRUDENCE.

---

EXAMEN DOCTRINAL

D'arrêts tirés des principaux Recueils (cahiers de Mars  
et Avril 1854).

Par M. COIN-DELSISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

- I. Du testament mystique fait par le Français en pays étranger.
- II. Qu'il peut y avoir en pays étranger des testaments *authentiques* dans le sens de l'article 999 du Code Napoléon, dont les formes ne soient pas confiées aux officiers publics.
- III. Que le privilège des agents de change n'est pas absolu pour les ventes d'actions industrielles ordonnées par justice.
- IV. Dangers des notices imparfaites et de la suppression des faits dans les recueils d'arrêts. — L'arrêt, malgré la notice, ne paraît pas avoir jugé que, faute de publication, le commanditaire fût solidairement tenu.
- V. Sur les pertes causées au preneur par les vices de la chose louée qui en empêchent l'usage.
- VI. Si l'indignité de succéder est encourue de plein droit.
- VII. Si les biens compris dans un partage d'ascendant fait par acte entre-vifs sont soumis ou non à la réunion fictive de l'article 922, pour calculer la quotité disponible qu'il a léguée depuis le partage.
  1. Deux arrêts en sens contraire. L'auteur adopte la résolution négative de l'arrêt de Rouen.
  2. Les partages d'ascendants sont des actes *sui generis*; ils ne sont pas de vraies libéralités.
  3. Raisons tirées des motifs qui dictent aux pères et mères les partages de présuccession.
  4. Doctrine conforme de la Cour de cassation.
  5. Raisons tirées de la dénomination de *partage d'ascendants* dans un chapitre spécial.
  6. Le partage sous forme de testament ne contient pas des legs, mais des attributions.

VII.

1

7. Transition des partages testamentaires aux partages entre-vifs.
8. La pensée des auteurs du Code a été d'établir une sorte de démission de biens irrévocable. — Historique de la formation de l'article 1776.
9. Explication de l'article 1077 : Division législative de deux espèces de partage : partage fait conformément à la loi; partage fait conformément à la volonté paternelle.
10. Conséquence : Le partage entre-vifs est une renonciation à la possession des biens. Définition de l'ancienne démission tirée de Boullenois (à la note).
11. Réfutation de l'explication de l'article 1077 donnée par M. Genty.
12. Analogie des partages d'ascendants avec l'article 26 de la loi du 17 nivôse an II et avec l'article 918 du Code.
13. Que les partages ne sont pas pures donations en avancement d'hoirie, quoique sur des biens qui seraient entrés plus tard dans la succession.
14. Les partages d'ascendants ne sont pas compris sous les mots « les libéralités » de l'article 913. Examen de l'économie du chapitre *De la Portion disponible*.
15. Explication de l'article 1076; étendue et limitation de sa compréhension.
16. Explication de l'article 922.
17. Il y a d'autres cas où le père peut enchaîner sa volonté de disposer dans l'avenir.
18. Conclusion en faveur de l'arrêt de Rouen.

I. — (REJET, 28 FÉVRIER 1854. *Dal.*, 54, 1, 126.) — C'est un bon arrêt que celui qui a déclaré valable un testament mystique fait par un Français en pays étranger dans la forme exigée par les lois du pays où il a été testé, quoiqu'il y eut quelques différences entre les formes requises dans le pays (la Sardaigne) et les formes françaises. Le testament mystique reçu par un officier public est nécessairement un acte authentique, dans le sens de l'article 999 du Code Napoléon, parce que c'est la foi ajoutée à l'acte de suscription qui donne à l'écrit qu'il renferme la valeur testamentaire, et l'on ne doit pas tenir compte des différences locales de formes. C'est justement à cause de ces différences que l'article 999 a ajouté aux mots « par acte authentique » les mots « avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé. » Par leur nature même, les lois qui déterminent les formes dont les testaments doivent être revêtus n'étendent leur puissance que sur les actes faits dans les lieux soumis à leur empire.

II. — (PAU, 26 JUILLET 1853. *Dal.*, 54, 2, 108.) — Les mots par *acte authentique* de l'article 999 se réfèrent, non à la définition donnée de l'acte authentique par le Code de France, mais à ce qui constitue l'authenticité dans le pays où a été fait le testament : ainsi un testament nuncupatif fait à la Louisiane devant

cing témoins, ayant la même authenticité dans ce pays que le testament nuncupatif fait devant un notaire et trois témoins, doit recevoir son effet en France : peu importe de quelles conditions la loi locale fait dépendre l'authenticité : c'est la doctrine que la Cour de cassation a déjà appliquée par l'arrêt du 6 février 1843 au testament du marquis de Bonneval fait en Angleterre dans la forme anglaise ; et c'est la vraie doctrine. Chaque État a le droit souverain de fixer dans son territoire les conditions d'authenticité des actes qui y sont passés ; et le législateur français en admettant la règle « *locus regit actum* » pour la validité des testaments faits par acte authentique en pays étranger, a par là même adopté pour l'utilité de ses sujets les formes d'authenticité du pays où ils se trouvent.

III. — (CASSATION, 7 DÉCEMBRE 1853. *Dev. et Car.*, 54, 1, 177; *Pal.*, 1855, t. I, p. 228; *Dal.*, 54, 1, 128.) — Dans la succession bénéficiaire du sieur Delaire se trouvaient des actions de chemins de fer et des actions d'une société d'éclairage au gaz. Le tribunal de première instance de la Seine commit un agent de change pour vendre les premières, qui étaient habituellement cotées à la Bourse ; un notaire pour vendre les secondes, qui n'avaient pas de cours établi et dont la valeur était incertaine.

Mais il était possible que plus tard un cours s'établît et que ces actions fussent alors régulièrement cotées à la Bourse : elles étaient donc un jour ou un autre susceptibles d'y être cotées (art. 76 du Code de commerce), et sur un mot jeté dans une loi purement commerciale, la compagnie des agents de change arrête l'action de la justice par une tierce opposition, fait un procès aux héritiers, le perd en première instance et triomphe sur l'appel. Dans les mêmes circonstances, elle obtient en peu de temps trois arrêts contre trois successions bénéficiaires : 30 mai 1851, 16 juillet 1851, 2 août 1851 ; et tout cela en prétendant qu'elle plaidait pour le bien public, parce que les frais de négociation sont moins élevés que les honoraires notariaux et n'entraînent ni timbre ni enregistrement !

Ces arrêts ont déjà été l'objet de l'examen de M. Pont (*Revue critique*, t. II, p. 2), qui a disertement démontré « que ces ventes » appartenaient aux notaires en vertu du droit commun, en « vertu de la loi même de leur institution et de cette aptitude » générale qui, sauf les exceptions nettement établies par la loi,

» s'étend à toutes ventes, à toutes conventions relatives aux choses de toute espèce qui sont dans le commerce. »

Les héritiers Delaire se sont pourvus en cassation, et l'arrêt a posé en principe : 1° que les attributions des agents de change ne sont exclusives et privilégiées qu'autant qu'il y a lieu de procéder par voie de négociation, ce qui est incompatible avec la vente publique et aux enchères; 2° et que le juge a le choix de déterminer, suivant les circonstances du fait, à quelle classe d'officier public doit être confiée la vente de meubles incorporels en succession bénéficiaire.

Nous notons cet arrêt à cause de son importance pratique. Il est évident que les précédents arrêts avaient confondu deux ordres de lois bien différents : les lois sur les successions et les lois sur le commerce. En outre, ils s'étaient attachés à un texte unique, l'article 76 du Code de commerce, sans le conférer avec l'article 74 qui le domine : « La loi reconnaît, pour les actes de commerce, des agents intermédiaires, savoir : les agents de change et les courtiers; » qu'ainsi le droit exclusif à eux accordé par l'article 76 ne l'a été qu'autant que les ventes et achats sont *actes de commerce*; ce qui n'est pas quand il s'agit de vente sous bénéfice d'inventaire.

IV. — (LYON, 7 AOUT 1851. *Dal.*, 54, 2, 85; *Pal.*, t. II, 1852, p. 205.) — Il est bien facile à MM. les arrêlistes de recueillir des arrêts dont ils ignorent les faits particuliers, d'en déduire d'énormes conséquences, et de les convertir ensuite en aphorismes qu'ils se donnent la peine de combattre.

Désirons bien haut, pour être entendus, que ces jurisconsultes laborieux, patients, instruits et utiles, cessent de lutter entre eux, à qui mettra sous les yeux de ses lecteurs une plus grande quantité d'arrêts! Ce n'est pas là leur mission. Elle me paraît consister surtout à bien constater les espèces pour qu'un lecteur imprudent ne conclue pas du particulier au général. Quand ils donnent un arrêt et que la décision leur paraît singulière, ils devraient rechercher les faits particuliers pour qu'on se placât au point de vue des juges et qu'on comprît bien la portée du *dictum*. Nous aurions moins d'arrêts recueillis, nous comprendrions mieux ceux que nous lirions.

C'est un travail de divination auquel ces honorables confrères condamnent les autres avocats. *Telle Cour, tels noms de parties...* Puis, un arrêt sans autre préambule que la notice ou maxime

de droit que l'arrêtiste en a tiré... Il faudra donc ensuite que le lecteur pèse les termes des motifs et devine péniblement quels faits ont été plaidés, quels faits ont été saisis par le juge. Là où pourtant il a été plaidé des faits déterminés, nos arrêtistes les suppriment et nous laissent à tous exercer notre intelligence pour pénétrer l'espèce inconnue, comme nous forgeons chacun dans notre imagination individuelle les espèces des fragments conservés par le Digeste. Avec ce système abrégé de rédaction, les recueils d'arrêts sont d'une lecture trop pénible : *Davus sum, non OEdipus*.

De l'arrêt du 7 août 1851, M. Dalloz commence par tirer cette conséquence : « La nullité d'une société commerciale par ac-  
» tions, qui n'a été ni publiée ni même constatée par aucun acte  
» authentique (ni privé), ne pouvant être opposée aux tiers qui  
» ont traité avec cette société, il en résulte qu'aucun des asso-  
» ciés ne peut réclamer vis-à-vis des créanciers, la qualité de  
» commanditaire *pour se soustraire à la solidarité* des engage-  
» ments pris au nom de la société : tous les associés, dans ce  
» cas, se trouvent placés sous l'empire d'une société de fait, qui,  
» ayant pour but des opérations commerciales, a pour effet de  
» les rendre responsables au même titre, c'est-à-dire par la voie  
» solidaire, des dettes de la société. » Et puis après avoir  
ainsi posé la doctrine résultant, selon lui, de l'arrêt, M. Dalloz  
ajoute en note : « Cette décision est fort importante *et ne sera*  
» *pas acceptée sans controverse*..... On peut objecter qu'en l'ab-  
» sence d'un acte public qui déclare les associés commandi-  
» taires solidairement obligés (quel notaire l'aurait donc reçu?),  
» ils ne sauraient, *sans évidente injustice*, être tenus vis-à-vis  
» des tiers. »

Mais qu'on lise bien l'arrêt, et l'on reconnaîtra qu'on n'en peut pas tirer cette monstrueuse conséquence, qu'un homme qui verse une commandite, sans s'assujettir aux publications de l'article 42, est obligé solidairement aux dettes de la société!

Si les associés, conventionnellement commanditaires sans avoir pris les formes nécessaires pour la publication de leur commandite, ont été condamnés solidairement avec le gérant, c'est parce qu'ils avaient géré concurremment avec le chef de l'entreprise (*art. 27 et 28 du Code de commerce*), et les motifs de l'arrêt paraissent le constater, car on y lit « que les faits de  
» la cause ne révélaient aucun acte de dol ou de fraude qui puisse

» engager plus particulièrement soit le gérant, soit *tout autre* » *intéressé ayant pris part à l'administration* de la chose commune... » S'il en est ainsi, si les dix individus condamnés solidairement ont pris, tous les dix, part à l'administration de la chose commune, l'arrêt n'en a pas moins bien jugé, que leur commandite ait été publiée ou non, puisqu'ils étaient devenus solidaires à l'égard des tiers. — Mais pour absoudre la doctrine, l'arrêliste me force à deviner ce qu'il devait m'apprendre lui-même par un exposé succinct, et me contraint aussi à effacer sa trompeuse notice.

V. — (BASTIA, 7 MARS 1854. *Dev. et Car.*, 54, 2, 165.) — Le bailleur est garant envers le locataire *des pertes* causées par les vices de la chose louée qui en empêchent l'usage. Il ne suffirait pas qu'il offrit de perdre ses loyers.

Dans l'espèce, il s'agissait de la location d'un magasin pour denrées coloniales dont les unes avaient péri, les autres avaient été avariées par l'eau des pluies pénétrant à travers les murs : une expertise avait prouvé que les murs étaient d'une construction si vicieuse que la Cour prononça contre l'architecte la garantie de la condamnation obtenue par le locataire contre le bailleur.

C'est un débat entre les jurisconsultes de savoir si les vices qui empêchent l'usage de la chose louée entraînent indemnité *des pertes* envers le preneur, quand le bailleur ne les connaissait pas au temps du contrat du bail.

En général, sous l'ancien droit, on faisait cette distinction que si le locateur avait connu les défauts de la chose, il devait des dommages-intérêts; que s'il les ignorait, il ne perdait que son loyer, à moins que le locateur n'eût lui-même préparé, confectionné, bâti la chose louée, parce que chacun répond de son impéritie. Cette opinion était basée sur la loi 19, § 5, ff., *Locati-conducti*; elle était professée par Pothier, par Domat; et de nos jours elle est enseignée par M. Duranton, t. XVII, n° 63; par M. Duvergier, n° 341; par M. Troplong, t. II, n° 194; par Marcadé, etc....; elle a été l'objet d'une excellente note de M. Devilleneuve sur l'arrêt que je viens d'indiquer. Cette opinion se fonde sur ce qu'il n'y a pas eu de raison pour changer l'ancien droit, sur l'affinité du louage avec la vente (V. *les art. 1641 à 1646*); et sur ce que les deux paragraphes de l'article 1721 doivent être entendus en deux sens différents.



L'opinion contraire n'est pas sans défenseurs : Delvincourt l'a professée clairement, t. III, p. 98 et 191 : « Si le vice de la » chose existait au commencement du bail et qu'il en soit ré- » sulté quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de » l'indemniser, quand même il n'aurait pas connu le vice. » Zachariæ en dit autant, t. III, p. 8. La Cour de Paris l'a ainsi jugé, le 13 janvier 1834, en accordant la résiliation du bail d'un domaine et d'un moulin pour insalubrité des eaux, et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en Chambre civile le 30 mai 1830, parce « qu'en accordant des dommages-intérêts aux preneurs » en raison des vices de la chose louée, sans distinction du cas » où ces vices étaient connus du bailleur, de celui où il les igno- » rait, la Cour royale de Paris s'est bornée à faire à la cause une » application littérale de l'article 1721, auquel au surplus on ne » peut rattacher les articles 1645 et 1646, parce que les dispo- » sitions en sont relatives au contrat de vente et n'ont pas été » reproduites pour le contrat de louage, qui renferme dans l'ar- » ticle 1719 des obligations particulières au bailleur. »

J'estime que l'arrêt de la Cour de Bastia, l'arrêt de la Cour de cassation et l'opinion de Delvincourt doivent emporter sur la distinction de l'ancien Droit.

C'est, quoi qu'on en dise, quelque chose qu'un texte, surtout quand il est la conséquence des autres textes de la matière.

Suivant l'article 1700, le louage des choses est un contrat par lequel le bailleur s'oblige personnellement à faire jouir; suivant l'article 1719, il est obligé d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée et d'en faire jouir paisiblement le preneur; puis, par l'article 1721, « il est dû » (par une conséquence de l'obligation personnelle du bailleur de faire jouir paisiblement et d'entretenir la chose en état de servir à un usage déterminé), « il est dû *garantie* au preneur » pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empê- » chent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus » lors du bail. — S'il résulte de CES VICES OU DÉFAUTS quelque » perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser. » Or, pour quiconque lit cet article, il est constant que ces vices ou défauts sont tous les vices et défauts de la chose louée qui empêchent l'usage pour lequel la chose a été louée. Et tous les vices ou défauts comprennent les vices ou défauts connus ou inconnus lors du bail.

En admettant même (ce qui est vrai) que l'analogie permette quelquefois de transporter au louage des règles écrites pour la vente, ce ne peut être du moins pour ce qui est écrit et fixé par un texte spécial au titre du contrat de louage. Les règles particulières à certains contrats (dit l'art. 1007 du Code Napoléon) sont établies sous les textes relatifs à chacun d'eux. Donc, si les titres de la vente et du louage règlent différemment *par leurs textes spéciaux* la matière de la garantie des défauts de la chose, il faudra respecter les textes dans chacune de ces matières.

Supposons que notre article 1721 se fût borné au premier paragraphe et que le second n'eût pas été écrit, il pourrait alors n'être pas contraire aux règles du raisonnement d'invoquer dans l'application en matière de louage les articles 1642 à 1646, qui, en matière de vente, développent le système de garantie des défauts de la chose vendue dont le principe est posé par l'article 1641.

Mais au titre du contrat de louage, loin de se contenter de poser uniquement le principe de la garantie des vices cachés empêchant l'usage de la chose louée, et de laisser l'esprit se reporter pour les conséquences au contrat de vente, le législateur pose le principe dans un premier paragraphe, et dans le second en déduit sur-le-champ la conséquence en termes généraux. Donc, il y a dans cet article un système complet; donc, dans tous les cas où l'usage est empêché par un vice existant lors du bail, mais inconnu au bailleur et au preneur, le bailleur devra indemniser le preneur de la perte que ce vice ou défaut lui aura causé.

Il n'en était pas de même sous l'ancien droit : à quoi bon l'avoir changé? En voici la raison.

En général, le Code civil a traité le contrat de louage d'une manière plus sévère pour le propriétaire que le Droit ancien. Aussi a-t-il formellement abrogé la loi *Æde* qui permettait au propriétaire de reprendre sa maison si elle lui devenait nécessaire; aussi a-t-il abrogé la loi *Emptorem* qui donnait à l'acquéreur le droit d'expulser le locataire; aussi a-t-il conféré à l'usufruitier le droit de faire des baux limités, que l'extinction de l'usufruit ne viendrait pas interrompre.

D'ailleurs la loi 19, § 5, ff., *Locati*, est-elle bien conforme à l'équité naturelle? Je ne le crois pas. Comme le propriétaire s'engage à entretenir la chose louée en état de servir à l'usage

déaigné par le contrat de bail, la présomption naturelle est qu'il en doit connaître les vices. Le pâturage que je baille à ferme pour élever des bestiaux produit des herbes vénéneuses : je l'ignore. Les bestiaux de mon fermier y périssent. Est-il équitable qu'il supporte cette perte? Non : car si j'avais envoyé mes propres bestiaux dans ce pâturage, ils y auraient aussi péri. Malgré l'autorité réunie des Sabinien et des Proculéien, ma raison repousse leur conclusion, et le Code par son texte général la repousse aussi.

Mais, ajoutera-t-on, la loi romaine fait une juste distinction entre la bonne et la mauvaise foi du locateur.... *Si saltum pascuum locasti in quo herba mala nascebatur : hic enim si pecora vel demortua sunt vel deteriora facta, quod interest præstabitur, si scisti ; si ignorasti, pensionem non petes.* — Je réponds que le Code civil fait aussi une distinction, mais plus équitable, entre la bonne et la mauvaise foi ; car, aux termes de l'article 1007, les titres particuliers du Code sont tous dominés par les règles générales du titre des *Obligations conventionnelles*.

Donc, si le fermier vient à prouver que le propriétaire savait que ses pâturages étaient infectés d'herbes vénéneuses et avait dissimulé ce vice, le propriétaire sera tenu des dommages-intérêts du fermier, tant du *lucrum cessans* que du *damnum emergens*, en vertu des articles 1149 et 1151 du Code civil. Si, au contraire, le propriétaire est de bonne foi, le juge devra appliquer strictement l'article 1721, et nonobstant l'article 1149, le propriétaire ne sera tenu d'indemniser le preneur *que de la perte* qu'il aura faite, du *damnum emergens*, sans pouvoir y ajouter aucune somme pour le *lucrum cessans*.

S'il était certain, par expertise ou autrement, que ces plantes vénéneuses se fussent emparées du terrain depuis la location ; par exemple, s'il était justifié que dans les années précédentes on aurait fait usage de la pâture sans aucun symptôme de maladie pour les animaux qui y auraient été conduits : dans ce cas, le § 2 de l'article 1721 céderait devant l'article 1148, lequel est plus général, et qui exonère de tous dommages-intérêts le débiteur qu'un cas fortuit a empêché de faire ce à quoi il était obligé : ce qui ne ferait cependant pas obstacle à la remise du loyer, à cause du principe spécial que le loyer est la compensation de la jouissance.

Aussi Domat, avec ses idées supérieures d'équité, avait-il ré-

duit à cette circonstance de cas fortuit l'explication de la dernière partie de la loi romaine. « Si les défauts des choses louées » sont *un pur effet* de quelque cas fortuit, que celui qui les donne » à louage n'ait pu connaître ni présumer, il ne sera pas tenu de » l'événement du cas fortuit, mais seulement de remettre le » loyer ou le prix du bail. Ainsi, par exemple, si dans un pâturage baillé à ferme, il se trouve des herbes qui fassent périr » le bétail du fermier, le propriétaire qui aura ignoré ce défaut, » ou parce que ces herbes seront survenues de nouveau, ou par » quelque autre juste cause d'ignorance, ne sera pas tenu de la » perte de ce bétail, mais il ne pourra rien prétendre du prix de » son bail. »

En réduisant à ce point la dernière partie du § 5 de la loi 10, elle mérite en effet l'approbation des deux sectes de jurisconsultes.

Sous notre droit, il faut donc tenir pour constants les trois points suivants :

1° Le propriétaire, ayant connaissance des défauts cachés de la chose louée qui peuvent empêcher l'usage auquel le locataire la destine, doit une réparation entière des pertes que subira le locataire et du gain dont il sera privé ;

2° En général, si les vices étaient cachés au propriétaire, il n'en devra pas moins réparation au locataire ; mais cette réparation se bornera à la juste indemnité des pertes effectives sans aller plus loin : il doit cette indemnité, parce que celui qui loue sa chose pour un usage qu'on lui fait connaître doit étudier sa chose et examiner avant de conclure si elle est propre à la destination qu'on lui veut donner ;

3° Si le vice caché résulte d'un cas fortuit que le propriétaire n'a pu soupçonner, il n'a aucune réparation à faire ; il est tenu seulement à la remise d'un loyer inutile au preneur.

VI.— (BORDEAUX, 1<sup>er</sup> DÉCEMBRE 1858. *Dev. et Car.*, 54, 2, 225.)  
— L'indignité de succéder est-elle encourue de plein droit ? Ne commence-t-elle qu'à partir de la demande ? Est-elle un effet du jugement ? Est-elle un effet de la loi ? Telle est la question principale à laquelle a répondu l'arrêt cité, dont je réduirai les faits à ce qui est relatif à cette seule question.

Cécile Crouzille, veuve Bardet, mourut assassinée en 1841 par Bertrand Bardet, son fils aîné. On ne put recueillir alors preuves suffisantes de son crime, et Bertrand Bardet, accusé

de parricide, fut renvoyé par une ordonnance de non-lieu. Six ans plus tard, il maria sa fille au sieur Venayre, et lui fit une donation par contrat de mariage de moitié de ses biens présents et à venir, dans lesquels se trouvaient confondus les biens maternels. De nouvelles charges furent découvertes depuis; Bertrand Bardet fut arrêté, poursuivi, condamné aux travaux forcés à perpétuité, et frappé de mort civile. Sa fille recueillit sa succession sans prendre le bénéfice d'inventaire. Assignée par ses oncles en restitution de la succession de la veuve Bardet, sa grand'mère, elle prétendit que l'indignité n'étant pas encourue de plein droit, l'action en déclaration d'indignité, comme action pénale, ne pouvait pas réfléchir après sa mort civile contre les héritiers du condamné.

L'arrêt en a décidé autrement. Dans le cas de condamnation pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, l'indignité et l'incapacité sont, a dit l'arrêt, la conséquence directe et nécessaire de l'arrêt de condamnation devenu souverain : elles ont donc lieu de plein droit ; et l'action en restitution des biens peut être intentée contre les héritiers, parce que l'exclusion de la succession n'est pas une peine proprement dite, mais un effet de la loi civile qui retranche le coupable du nombre des héritiers : tel est le résumé des motifs de l'arrêt, dont on peut voir les termes dans le Recueil.

Il y avait deux questions de droit distinctes : 1° L'indignité est-elle un effet *immédiat* de la loi, ou un effet immédiat de la demande en déclaration d'indignité? 2° La demande en déclaration d'indignité peut-elle être formée contre les héritiers de l'indigne après sa mort civile, ou après sa mort naturelle; et l'un de ces événements arrivé, la peine n'est-elle pas censée remise?

La seconde question ne peut pas s'élever, si l'on admet que l'indignité est un effet immédiat de la loi; qu'elle frappe le sujet avant que d'être démontrée; qu'il n'a jamais été héritier; et que s'il possède, sa possession est injuste *ab initio*; par conséquent, que s'il vient à mourir avant la restitution, cette restitution est due par ses héritiers, tant que la prescription à l'effet d'acquérir n'est pas accomplie.

Si au contraire l'indignité est un effet *immédiat de la demande*, il faudra reconnaître d'abord que l'indigne a été saisi de l'hérédité par la loi; que, *de droit*, il est héritier, et qu'il

dispose légalement des biens de la succession ; et ce système une fois admis, il y aura lieu d'examiner si après sa mort naturelle ou civile ses héritiers peuvent légitimement prétendre garder les biens, sous prétexte que l'action étant pénale contre l'indigne, s'éteint avec lui et ne subsiste plus contre ses héritiers.

Or je crois que, même dans ce système, Marcadé s'est trompé en refusant l'action contre les héritiers de l'indigne, par analogie de ce qui est écrit dans l'article 957 pour la non-révocation, en pareil cas, de donations pour cause d'ingratitude. Rien n'est trompeur comme le transport d'un texte sur une matière spéciale à une autre matière spéciale. Les donations sont l'œuvre de l'homme ; les successions sont l'ouvrage de la loi et de la nature. Comment raisonner sûrement des donations aux successions !

En vain parlerait-on du pardon de l'injure. Le donateur qui s'est dessaisi avant l'acte injurieux, et qui, depuis qu'il en a eu connaissance, n'a pas dans l'année introduit son action en révocation, est présumé légalement avoir pardonné et avoir voulu maintenir ce qu'il avait fait auparavant. On le comprend. Mais le pardon paternel envers l'indigné de succéder ne peut avoir un pareil effet, ni en opérer aucun sur des biens à échoir ; car l'indigne n'est saisi de rien, et le pardon n'est pas et ne peut pas être un marché sur une succession non ouverte. — Tant qu'il n'y a pas transmission volontaire de propriété du père à l'indigne, le pardon n'a qu'un effet moral ; il n'a pas d'effets civils. S'il n'a pas d'effets civils, l'indignité demeure donc au temps de l'ouverture de la succession, même quand elle a été connue du père, et par conséquent pour en neutraliser les effets malgré la loi qui déclare l'indigne exclus de la succession, il faudrait, non un simple pardon, mais un testament du père, qui appelé en connaissance de cause l'indigne à une part de sa succession, malgré l'énormité du fait, comme il pourrait y appeler un étranger.

Ce n'est pas tout. L'article 757 est écrit dans l'intérêt exclusif du donateur ; l'article 727, au contraire, est écrit dans l'intérêt politique de la délation des biens aux héritiers, et dans l'intérêt privé des autres prétendant droit à la succession. Le droit d'opposer l'indignité n'a jamais appartenu au défunt : il appartient donc exclusivement aux héritiers qui viendraient en concours

avec l'indigne ou qui seraient appelés à son défaut. Si le droit d'opposer l'indignité ou de réclamer les biens pour cette cause prend naissance en leur personne, c'est un droit réel que la loi asseoit sur leur tête à l'instant de l'ouverture de la succession : comment dès lors le perdraient-ils par la mort civile ou naturelle de l'indigne? Le droit d'appréhender une succession en son lieu et place n'ouvre pas contre lui, quoi qu'en ait écrit Marcadé, une action toute personnelle; c'est au contraire une pétition d'hérédité et une action réelle ou mixte. Il est donc certain que ce droit subsiste encore après la mort de l'indigne, et que l'action en déclaration d'indignité (s'il en est besoin) tendant à la restitution d'une succession et de ses biens, passe, comme toutes les revendications de propriété, contre les héritiers de celui qui s'est emparé du droit ou de la chose revendiquée.

Il est donc certain que, même dans le système de ceux qui pensent que l'indignité n'existe pas de plein droit, l'action en revendication de la succession peut être intentée contre les héritiers de l'indigne. Le procès pouvait donc être décidé et jugé comme il l'a été sans l'examen de cette proposition : « *L'indignité de succéder est encourue DE PLEIN DROIT.* »

La Cour impériale de Bordeaux a cependant examiné principalement cette proposition et l'a décidée affirmativement.

L'opinion contraire a subsisté jusqu'aujourd'hui : elle est professée par Chabot, n° 20, sur l'article 727; par Toullier, t. IV, n° 113; par M. Duvergier dans ses savantes notes sur Toullier; par Malpel, n. 35; par Proudhon, *Usufruit*, t. I, n° 156; par M. Duranton, t. VI, n° 115; par MM. Vazeille, Poujol et Marcadé sur l'article 727. Sur ce point, la doctrine des auteurs n'est pas vacillante; elle revêt la forme d'une théorie invariable. Écoutons le plus ancien et le plus récent. Chabot, n° 20, sur l'article 727 : « *Dans aucun des cas* déterminés par l'article 727, » l'indignité *n'est encourue* de plein droit : elle doit être prononcée par les tribunaux sur une demande formée contre l'héritier qu'on veut exclure de la succession. — Ce n'est même » *qu'à compter* du jugement qui le déclare indigne *qu'il cesse* » d'être héritier et *qu'il perd la saisine* que la loi lui avait déferée. » A son tour, Marcadé dit sur la rubrique du chapitre 2 : « Il ne faut pas confondre l'incapacité qui empêche d'*obtenir* le » droit avec l'indignité qui empêche *de le conserver*; » et l'auteur développe ensuite sa pensée sur l'article 727, n° 6.

La maxime se trouve même dans Pothier (*Successions*, p. 77 de l'édition de 1777) : « L'indignité n'a pas lieu de plein droit ; » elle doit être prononcée : c'est pourquoi dans le Droit romain « l'indigne acquérait l'hérédité ; mais le fisc l'en dépouillait » lorsqu'il en avait été déclaré indigne. »

Néanmoins la maxime de la Cour de Bordeaux, « *l'indignité de succéder a lieu de plein droit*, » me paraît la seule vraie, la seule conforme à la lettre et à l'esprit du Code Napoléon.

Exprimons clairement cette pensée. Je n'entends pas dire qu'après l'ouverture de la succession de celui dont l'indigne est héritier, il ne sera jamais besoin de demande en justice pour prouver cette indignité... J'entends que si le fait qui produit l'indignité est sérieusement établi à l'ouverture de la succession, les autres héritiers peuvent s'en emparer seuls et sans former de demande en déclaration d'indignité.

J'entends que si le fait est inconnu à l'époque de l'ouverture de la succession et qu'il se découvre plus tard, la saisine n'aura été qu'apparente et l'indigne n'aura jamais été héritier.

J'entends qu'à l'instant où il y a arrêt souverain qui condamne un parent pour avoir donné ou tenté de donner la mort à son parent, un arrêt souverain qui juge calomnieuse l'accusation capitale portée par un parent contre un autre, le coupable est dès lors exclu de la succession future de ce parent ou dépouillé de plein droit avec effet rétroactif des biens dont il s'est emparé sous le faux titre d'héritier.

J'entends qu'il est exclu par l'effet *immédiat* de la loi, et non par l'effet d'un jugement en déclaration d'indignité, trop souvent superflu.

J'entends enfin que la loi le dépouille *ipso facto* des effets civils de la capacité ordinaire de succéder.

L'ensemble des textes, le texte de l'article 727 lui-même le disent formellement.

Par les articles 723 et 724, le Code déclare que la qualité d'héritier dépendra de l'ordre de vocation qu'il va établir plus tard, et il investit les héritiers légitimes de la saisine des biens.

Passant au chapitre 2, *Des qualités requises pour succéder*, le législateur impose, outre la vocation résultant de la parenté, une condition pour venir à succession, l'existence à l'instant de l'ouverture de la succession, condition physiquement nécessaire pour que l'héritier *continus* la personne du défunt.



A partir de cette règle générale et positive, la loi ne procède plus que par voie d'exception.

Ainsi, article 726, l'étranger, quoique parent et quoique existant au temps de l'ouverture, *ne sera admis* à succéder en France que dans le cas où les traités admettraient dans son pays les Français à succéder, ce qui est bien avoir dit « si les traités » n'établissent pas de réciprocité, point de succession, point de » saisine pour l'étranger : il est alors exclu de la succession de » son parent français ouverte en France. »

L'article 727 vient après, et avant d'énumérer les cas d'indignité, il dit : « SONT INDIGNES de succéder, et, comme tels, *exclus* » des successions celui qui.... etc. »

Est-ce que ce n'est pas avoir dit implicitement : Ceux qui auront (du vivant du défunt) commis les faits atroces énumérés ci-après sont, par l'autorité de la loi, exclus de la succession, ainsi que s'en trouve exclu l'étranger dans les pays duquel les traités n'admettent pas la réciprocité de succéder : il n'y a pour eux ni succession ni saisine; la loi les en exclut, malgré la vocation.

Laissons l'enchaînement des textes, et prenons l'article 727 en lui-même : sont *indignes*, et, comme tels, *exclus!*... Est-ce que ces termes ne sont pas impératifs? Est-ce que la loi ne s'exprime pas *au présent*, comme pour exprimer un effet immédiat, un effet découlant de sa volonté? Est-ce qu'exclure de la succession, ce n'est pas exclure de la saisine, qui n'est et ne peut être que la suite du droit de succession?

Ne dédaignons pas le sens grammatical des termes de la loi : n'oublions pas que les hommes chargés des travaux préparatoires du Code ont été les hommes de l'époque les plus instruits dans la valeur des termes législatifs. Perdons l'habitude prise depuis quinze ans de soutenir que les auteurs du Code sont inexacts dans leur langage, et celle d'en interpréter les termes en prétendant que les rédacteurs ont dit une chose au lieu d'une autre. C'est à la fois trop facile et trop faux.

Quand la loi parle au présent, quand elle ne se sert pas de mots indiquant une faculté dans l'individu, elle commande et *fixe* le droit concomitant au fait qu'elle prévoit.

En vain dira-t-on « que les législateurs n'ont pas pu imposer » à leur première phrase ce sens impérieux et énergique, puis- » que l'indignité pour défaut de dénonciation du meurtre »

« peut être encourue qu'au moyen d'une appréciation de circonstances qui ne peut être faite que par le juge. »

On répondra que ce § 3° ne change rien au sens de la loi, et qu'en déclarant à l'héritier majeur qu'il est indigne et exclus de la succession, s'il ne dénonce pas le meurtre quand il en est instruit, la loi indique assez que s'il ne remplit pas ce devoir, sauf les cas d'excuse légale de l'article 728, elle révoque par là même la saisine qui semble s'être reposée sur sa tête.

Dans les deux premiers cas de l'article 727, il peut arriver aussi que le fait ne soit pas connu au jour du décès; que l'héritier coupable reste plusieurs années sans être convaincu de son crime, cela n'empêche pas qu'il ne soit indigne à dater du jour de son crime. S'il paraît saisi de la succession, il ne l'est pas plus réellement que tout autre usurpateur, et l'article 729 le prouve en le contraignant à rendre tous les fruits et les revenus depuis l'ouverture de la succession.

Notre droit n'aime pas les procédures inutiles. On comprend qu'en droit romain, où l'indignité profitait au fisc, il fallût la faire déclarer avant qu'il s'en emparât; on comprend qu'il pouvait en être de même sous notre ancien droit français, parce que les causes d'indignité étaient nombreuses et indéfinies; mais aujourd'hui qu'elles sont limitées, et que les deux cas principaux peuvent être fixés immuablement par des arrêts, même sans que les héritiers y fussent parties, il faut admettre la maxime « que l'indignité est encourue de plein droit, » et par conséquent, une fois l'indignité connue, les autres appelés peuvent s'emparer seuls de la succession, sauf à opposer les preuves d'indignité, s'ils sont troublés par le parent qu'exclut la loi.

VII. — (ROUEN, 25 AVRIL 1853. *Dev. et Car.*, 54, 2, 253. — BOURGES, 21 FÉVRIER 1854. *Dev. et Car.*, 54, 2, 254.) — 1. Voilà deux arrêts rendus en sens contraire sur la question la plus grave et peut-être la plus controversée de notre Droit civil : *Les biens compris dans un partage d'ascendant fait entre-vifs sont-ils soumis à la réunion fictive de l'article 922, à l'effet de calculer, lors du partage de la succession de l'ascendant, le montant de la quotité disponible qu'il a depuis léguée soit à un enfant, soit à un étranger ?*

La Cour de Rouen a dit non; la Cour de Bourges a dit oui.

A la Cour de Bourges, il faut ajouter les Cours de Douai, de Paris, de Lyon, d'Agen, d'Angers, de Caen et d'Amiens; —

à la Cour de Rouen, il faut joindre l'autorité de la Cour de cassation et des Cours de Dijon et de Bordeaux : on pourrait enoore y réunir celle de *toutes les Cours* de l'Empire dans un temps plus voisin de la publication du Code ; car avant 1825, personne n'aurait osé soulever la question : les partages d'ascendants étaient regardés autrefois comme un abandon (et non comme une donation) des biens actuels ; personne n'aurait osé élever la voix contre une doctrine qui semble résulter de la nature des choses ; et si l'on recherchait dans tous les greffes des Cours d'appel jusqu'à l'époque indiquée, on reconnaîtrait que généralement les partages anticipés effaçaient entièrement l'ancien droit de propriété des ascendants.

La loi est une, la justice aussi ; mais comme la justice est chargée d'interpréter la loi, il faut, quand les interprètes se divisent, redoubler d'efforts pour étudier la loi, revenir à son véritable sens, et réunir les interprètes dans une même pensée conforme à la pensée de la loi.

Quand on a le paisible courage de tenter cette tâche difficile, ce n'est pas orgueil, car on ne défend jamais sa seule opinion : le plus souvent on ne défend que l'avis des autres. Qui de nous en jurisprudence peut dire avoir quelque chose à soi ?

Ce n'est pas non plus amour de la critique ! Eh ! qui ne rend justice aux sénats judiciaires ? Qui ne sait quelle est leur passion pour la vérité ? Qui ne convient quels rayons de lumière convergent dans un même foyer quand une Cour délibère sur une question controversée et que ses arrêts n'ont pas encore préjugée ?

C'est par amour du vrai qu'entre des autorités égales, j'embrasse un parti, et que, luttant contre un courant d'opinions qui s'est formé peu à peu, j'adopte l'opinion négative de la Cour de Rouen, qu'elle a si bien formulée en ces termes : « Le partage » d'ascendant n'est pas une libéralité par avancement d'hoirie ni » par préciput (exclusivement) personnelle au donataire : pour » la donation individuelle ou par préciput, le rapport réel ou » fictif est obligé pour assurer l'égalité ou déterminer la quotité » disponible entre les héritiers ; mais le partage d'ascendant est » un partage définitif, et s'il n'épuise pas le total patrimoine de » l'ascendant, le surplus des biens donne lieu seulement, d'après » l'article 1077, à un partage subséquent conformément à la » loi ; on ne peut donc y réunir les biens compris au par-  
VII. 2

» tage, même fictivement, pour calculer la quotité disponible. »

2. Les partages d'ascendants sont des actes *sui generis* qui ne sont ni donations entre-vifs ni donations testamentaires et qui mettent les biens hors du patrimoine, comme le ferait une renonciation, une abdication, une perte volontaire de la chose. Ils ne constituent pas de vraies libéralités, et les biens ainsi abandonnés sont aussi bien hors du patrimoine que les biens aliénés ou perdus.

3. Pour bien juger de la nature d'une classe d'actes *sui generis*, il faut examiner les causes générales qui ont fait sentir au législateur le besoin de l'établir.

Quelles sont donc les causes qui déterminent un père ou une mère à se démettre entre-vifs de leurs biens présents au profit de leurs enfants? Généralement, c'est la *nécessité de position*; généralement, c'est l'*impossibilité de continuer* la gestion générale des biens de famille. Ce n'est pas, comme dans la donation par préciput, le désir de donner exclusivement à l'un; ce n'est pas, comme dans la donation à charge de rapport, le désir de donner individuellement à un enfant pour lui fournir les moyens de travailler en attendant l'événement qui fera rentrer dans la masse la chose donnée: non, tel n'est pas le mobile du *partage de présuccession*.... Le principal mobile, ce n'est pas l'intention de donner, c'est l'intention de conserver; et c'est pourquoi, sous la seule coutume qui ait réglé à peu près les démissions de biens par actes entre-vifs (la coutume de Bretagne), elles n'étaient irrévocables qu'après les bannies ou publications prescrites par la loi municipale pour les biens de maîtres frappés d'incapacité.

En effet, il vient un âge où, même pour les gens comblés des biens de la fortune, trop de richesses, trop de soins administratifs, deviennent une véritable charge; où les maladies et les infirmités dépouillent un homme, conservant même toute sa force d'intelligence, de tous moyens physiques d'administration et de surveillance; un âge où le cultivateur, le marchand, le manufacturier de médiocre aisance, ne peut plus se livrer aux travaux de son état; un âge où le père de famille prévoit que les tiers qui l'entourent, ou auxquels il sera forcé de se confier, abuseront de la facilité de son caractère, de ses qualités ou de ses défauts, pour obtenir des sacrifices qu'il regrettera.... Voilà les cas les plus généraux de démissions de biens. Est-ce l'in-

tention de donner qui y domine? Non, c'est l'intention de conserver à la famille ou de remplir un devoir paternel.

Il en sera de même dans bien d'autres cas : par exemple, quand un père ayant plus de biens que de dettes exigibles, mais craignant de vendre avec dépréciation, aime mieux se démettre que de liquider lui-même ses affaires (ce qui arrive surtout si un ou plusieurs enfants sont, par leur position personnelle, en état de faire face aux dettes en mettant plus de biens dans leur lot); quand un père a des comptes à faire avec ses enfants, et qu'il veut se débarrasser de cette position gênante; quand le père, pour éteindre des contestations entre enfants, se jette à la traverse, et offre de partager une partie de ses biens et de se mettre dans l'impossibilité d'en disposer, à la charge par eux de rester unis, d'abandonner leurs prétentions respectives sur des droits à lui étrangers, ou de les laisser à régler par son autorité.... Certes, dans tous ces cas comme dans les premiers, quand un père se démet d'une partie ou de tous ses biens présents en s'en réservant l'usufruit ou moyennant une rente viagère, il n'entend pas faire une pure et vraie donation; il satisfait alors au devoir naturel, qui lui prescrit de transmettre à ses enfants le plus de biens possible. Il agit aussi dans son propre intérêt, comme homme ou comme père, en faisant des arrangements qui ne se feraient pas sans cela; en établissant la paix entre ses enfants pour le présent et pour l'avenir; en se déchargeant de soucis et de travaux; en se mettant en garde contre la cupidité des tiers, contre les faiblesses de l'âge et du caractère, contre les besoins, contre la possibilité des fausses spéculations. Moralement parlant, s'il y a bienfait, il est toujours mélangé de conditions onéreuses, il est toujours mélangé d'une utilité pour le démettant. Il n'y a pas là cette pure gratuité qui caractérise la vraie donation.

4. S'il y a pour *les partages de présuccession*, que la loi qualifie de *partages* et qu'elle ne qualifie pas autrement, d'autres mobiles que pour la donation *individuelle* à l'un des enfants, soit à charge, soit avec dispense de rapport, il peut donc y avoir des différences dans leurs conséquences respectives.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle dit avec raison : « Le chapitre 7 du titre 2 du livre III du Code Napoléon (*Des Partages faits par père, mère ou autres ascendants, entre leurs descendants*) forme, pour cette espèce de partage, une législation

» toute spéciale, ayant pour but de faciliter les arrangements  
 » domestiques, de prévenir les contestations et d'assurer avec  
 » stabilité la paix et l'union des familles.

» Car, de la lettre comme de l'esprit des articles 1075, 1076,  
 » 1077, 1078 et 1079 du Code, il résulte bien que, sauf la vo-  
 » lonté et les stipulations contraires, le partage régulièrement  
 » fait par acte entre-vifs dessaisit immédiatement, intégralement  
 » et irrévocablement l'ascendant partageant des biens compris  
 » dans le partage pour en investir aussi immédiatement et irré-  
 » vocablement les descendants copartagés.

» Il en résulte encore que, ces biens enlevés ainsi complète-  
 » ment *et à jamais* au patrimoine de l'ascendant, sa succession  
 » *unique* consiste ensuite exclusivement dans les biens non com-  
 » pris au partage, soit par un effet de la volonté de l'ascendant  
 » (qui n'a pas voulu y faire entrer tous ses biens présents),  
 » soit parce que de nouveaux biens ont été acquis par lui depuis  
 » le partage.

» Donc, ce sont ces biens seuls (et non les biens partagés)  
 » qui, au décès de l'ascendant, doivent être partagés entre les  
 » descendants, conformément à la loi; et c'est seulement sur  
 » leur masse qu'on doit liquider et fixer la réserve légale et la  
 » portion disponible, sans qu'aucun rapport, *ni réel ni fictif*, des  
 » biens compris dans le partage anticipé, puisse être exigé au dé-  
 » cès de l'ascendant. » (V. l'arrêt du 4 février 1845, aff. Meillonas.)

5. On prétend qu'il y a donation dans le partage d'ascendants :  
 mais n'est-il pas téméraire de qualifier de pure donation un acte  
 que la loi a seulement qualifié de partage?

Le *pouvoir de partager et de distribuer* ses biens, que le père  
 tient de l'article 1075, ne doit pas être confondu avec le pou-  
 voir de donner, que le père tient de l'article 913 et de l'art. 919 :  
 ce sont deux choses essentiellement distinctes.

Si les partages d'ascendants n'étaient pas, de leur nature,  
 distincts des donations et des legs, pourquoi le législateur leur  
 aurait-il consacré un chapitre à part (le chap. 7)? pourquoi leur  
 aurait-il donné un nom particulier (partage d'ascendants)? S'il  
 les avait soumis aux règles de la portion disponible en leur don-  
 nant un nom à part et un chapitre spécial, pourquoi ce nom ne  
 se trouverait-il pas répété dans le chapitre 3, *De la Portion de  
 biens disponible et de la Réduction des donations et legs?*

Ne serait-ce pas parce qu'ils ne sont *ni donations ni legs*? et

la loi ne le dit-elle pas par la rédaction si concise et si claire des articles 1075 et 1076, dont le premier confère aux père et mère le *pouvoir de faire partage* entre leurs enfants, sans que le second vienne ajouter qu'ils le pourront faire *par donation ou par legs*, et dit au contraire que ces partages *pourront être faits* par actes entre-vifs, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs, ou par actes testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les testaments?

Il est évident que la loi a entendu conférer au père le pouvoir de *partager* ses biens à titre de partage... Voilà le fond... Mais il fallait au législateur une garantie de la volonté de partager et de l'absence de suggestions : il l'a cherchée dans la forme, et il a dit : « En conférant au père le pouvoir de partager, je lui donne POUR MOYEN de l'exercice de ce pouvoir les formalités, conditions et règles prescrites pour faire soit une donation, soit un testament. » On démontrera plus tard que le texte ne va pas plus loin. »

Loin de confondre le partage avec la donation ou avec le legs, la loi a donc distinctement séparé ces différentes espèces d'actes et de faits.

Partager, faire partage et distribution, n'est pas donner : c'est attribuer à chacun sa part divisée dans ce que la loi aurait plus tard transmis à tous indivisément.

6. Cela est évident, surtout dans le partage sous forme de testament.

Le père qui partage *purement et simplement* ses biens entre ses enfants dans la forme testamentaire *n'exerce pas une libéralité* : il exerce seulement un jugement sur les effets individuels de la délation des biens à opérer par la loi ; *il ne donne pas*. Les enfants, héritiers légitimes, sont saisis collectivement par la loi des successions. La prudence du père, exercée sous la forme du testament, a indiqué, déterminé, jugé souverainement de quels objets certains les enfants se trouveraient individuellement saisis, du jour de son décès, à titre successif, non à titre de legs.

Le père s'est montré affectueux et tendre en ne disposant pas ou en ne disposant que de peu de chose, soit par préciput distinct, soit en faveur d'un étranger. Dans tout ce que le père a partagé, il n'a pas donné : il a laissé aux biens la pente natu-

relle que leur imprimait l'ordre social ; il en a seulement dirigé les dérivations en plusieurs branches égales.

Il est évident, dans notre droit actuel, que le partage sous forme de testament ne contient pas de legs dans le partage des biens : si c'était legs et non partage, si c'était donation testamentaire et non attribution, chaque enfant serait tenu de rapporter en nature les immeubles à lui assignés, s'il voulait venir à succession (art. 843).

Et dans le dernier état du droit romain en France, les dispositions par lesquelles les ascendants partageaient leurs biens entre leurs enfants n'étaient pas proprement des testaments : les partages *inter liberos* étaient considérés comme des dispositions *ab intestat* (V. FURGOLE, ch. 8, sect. 1, n<sup>os</sup> 142 et 149), quoique soumis aux formes des testaments par l'ordonnance de 1735.

Dès qu'il est certain que les partages ne sont pas des legs, quoique faits sous la forme testamentaire, on peut se demander si les partages entre-vifs sont des donations, quoiqu'ils en empruntent la forme.

7. Or, si pour bien faire entendre que le partage n'était ni un legs, ni une institution d'héritier, mais un jugement du père sur la distribution la plus utile entre ses enfants des biens qu'il délaisse, le législateur a dit : « le père peut faire le partage de ses biens en prenant la forme d'un testament, » pourquoi la même forme grammaticale n'exprimerait-elle pas une pensée équivalente à l'égard des démissions de biens présents que le père partage entre ses enfants, en prenant la forme d'une donation entre-vifs ? En effet, dire que le père peut partager ses biens présents entre ses enfants par acte entre-vifs, et que ces partages seront faits avec les formalités, conditions et règles des donations entre-vifs, ce n'est pas dire que ces partages soient de vraies donations, c'est grammaticalement dire qu'elles empruntent les formes des donations.

Certes, je suis bien loin de l'idée exagérée que les enfants sont copropriétaires avec le père de famille ; mais, en principe, les biens du père sont, dans l'ordre de la nature et de la société, je dirai plus, dans l'ordre divin, — *filii, ergo heredes*, — destinés aux enfants : et c'est cette raison qui fait des enfants de quasi-propriétaires des biens paternels. Qu'y a-t-il donc d'étonnant que la loi permette au père de retrancher dès à présent de ses biens, et à toujours, une portion de biens



présents, de s'en démettre, et de les partager par portions aussi égales que possible entre ses enfants, qui les reçoivent à titre *successif*, ou *dévolutif*, quoique sous la forme de donation?

8. Il n'y a plus de démission de biens, répond-on !... La réplique n'est pas exacte ; il faut dire : « Il n'y a plus de démission de biens révocable, » car, c'est là le sens de la loi des partages d'ascendants, partager des biens présents entre ses enfants, c'est s'en démettre, c'est les abdiquer.

Voyez la formation de la loi. Les législateurs connaissaient bien la *démission* de biens, révocable dans la plupart des coutumes, irrévocable dans un petit nombre... et sous certaines conditions de publicité... Notre nouveau droit avait pour esprit principal la fixité du domaine de propriété, la crainte de l'expectative des résolutions. Il reconnaissait l'utilité des démissions : il a voulu les admettre dans le Code en rejetant leurs dangers ; il a donné un moyen aux pères de se démettre irrévocablement de biens présents.

Les articles 134 du projet Jacqueminot et 153 du projet de l'an VIII portaient : « Les partages faits par actes entre-vifs ne peuvent avoir pour objet que les biens présents, et sont soumis à toutes les formalités et conditions des donations entre-vifs. — L'usage des *démisions révocables* est aboli. »

L'article 153 du projet de la section de législation réunissait deux articles du projet de la commission ; il est devenu notre article 1076 : « Ces partages pourront être faits par actes entre-vifs et testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments. — Les partages entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. — L'usage des *démisions révocables* est aboli. »

Dans la pensée du législateur, c'était certainement avoir dit que les partages entre-vifs étaient une DÉMISSION DE BIENS *irrévocable* ; par conséquent, que ce n'était pas une libéralité, mais le partage de ce qu'un père avait remis à ses enfants, à titre *successif*, dès son vivant.

Dans tout le cours de la discussion, pas un mot contre ce paragraphe : « L'usage des *démisions révocables* est aboli. » Il existait encore dans la rédaction communiquée au Tribunat.

Comment a-t-il été retranché ? Est-ce que le Tribunat aurait pensé que le partage fait entre-vifs *n'était pas une démission irrévocable* ? Pas du tout : le Tribunat a pensé, comme le Con-

seil d'État, que les partages d'ascendants faits par actes entre-vifs étaient des démissions irrévocables, et a voulu conserver la forme antithétique; mais il proposait de mettre : « *Les démissions révocables sont prohibées,* » parce que, la disposition législative du Code devant être indépendante d'un ancien usage sur cette matière, il était inutile de rappeler cet usage : on devait le prohiber.

La section de législation a trouvé plus simple de n'en plus parler du tout, et a supprimé le paragraphe... Mais le partage d'ascendant par acte entre-vifs de biens présents n'en est pas moins une démission de biens présents, une véritable abdication partielle, puisqu'il avait ce caractère pour tous, même pour le Tribunal.

Au surplus, si le paragraphe a été retranché comme inutile, la même vérité sort d'un autre texte.

9. Ce texte est l'article 1077 : « Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage.... (c'est-à-dire si le partage entre-vifs n'a été opéré que sur une partie des biens, ou que l'ascendant en ait acquis depuis), *ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris SERONT PARTAGÉS CONFORMÉMENT A LA LOI.* »

Quel sens présente cet article?

Évidemment celui-ci : les biens que le père aura partagés en vertu de la puissance qu'il tire de l'article 1075 sont partagés définitivement et indépendamment de ce qu'il laissera à son décès; les biens non partagés ou nouvellement acquis composeront seuls sa succession et seront partagés conformément à la loi.

C'est bien là le sens naturel du texte. — Deux espèces de partage : le partage fait *conformément à la volonté paternelle*, le partage fait *conformément à la loi*. La provision de l'homme fait cesser la provision de la loi; par conséquent, quand le père a partagé, son partage ne peut plus être dérangé ni modifié, même par la circonstance que le père aurait conservé ou acquis d'autres biens. Ces biens nouvellement acquis sont étrangers à la masse des biens partagés précédemment : ils composeront donc seuls la succession et seront partagés conformément à la loi, sans relation ni considération avec les biens sortis du patrimoine paternel.

Remarquons bien ces mots « conformément à la loi. » — Ils ne veulent pas dire « conformément à tel ou tel article particu-

lier; » ils ont une valeur bien plus compréhensive, et signifient : « conformément à l'ensemble de la législation sur la matière. » Par conséquent, le législateur déclare, dans la dernière partie de l'article 1077, que *les autres biens* seront sujets, non-seulement à la loi des partages, mais aux lois accessoires sur les rapports, les réserves, les réductions, sur le mode de composer la masse, etc., etc. Or, cette seconde partie de l'article 1077 met les biens conservés et nouvellement acquis à partager *conformément à la loi*, en opposition directe avec les biens précédemment partagés *par la volonté paternelle*. Ce qu'elle dit précédemment des biens nouvellement acquis, elle le dénie à l'égard des biens partagés : *Quod dicit de uno, negat de altero*. La seconde partie de l'article 1077 exclut donc les biens partagés par le père non-seulement du partage, mais de toute influence sur le partage à faire des autres biens; elle dit, par la raison des contraires, que les partages d'ascendants ne seront soumis ni aux rapports, ni à la réduction, ni à la réunion fictive.

Ainsi, l'article 1077, par sa rédaction et par son sens, rappelle le souvenir des mots retranchés, « *l'usage des démissions révocables est aboli*, » et dit implicitement, mais clairement, que les biens précédemment partagés par le père forment *une démission absolue et irrévocable*, qui les soustrait pour toujours à figurer dans la succession.

En un mot, la loi a donné au père de famille le droit de faire sur ses biens présents ce qu'il pouvait faire sur sa succession générale pour le temps de son décès; elle lui a permis de devancer cette époque, et d'abdiquer tout ou partie de ses biens en les distribuant, sous la forme de donation, à ceux qui doivent les partager plus tard. Ce n'est pas là faire des donations, c'est partager en se démettant.

10. Ainsi il y a plutôt abdication ou renonciation *in favorem liberorum* que donation ou toute autre espèce de transmission <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> « Le terme *démission* pris dans sa signification littérale (a dit Boullenois, *Question 1<sup>re</sup> sur les démissions de biens*) veut dire une abdication et une renonciation à une chose, ou à un droit qui nous appartient ou dont nous sommes en possession.... En général, le terme de *démission* emporte un *délaissement de la possession* d'une chose.... Or toutes les lois (ce qui veut dire ici les textes des lois romaines) regardent les enfants comme propriétaires des biens que possèdent leurs pères et mères. Quand donc les pères et mères se dépouillent de leurs biens par anticipation, il semble qu'ils ne donnent pas tant à leurs enfants la propriété que la *possession*; par consé-

11. Pour écarter cette explication naturelle de la loi, M. Geny (*Traité des partages d'ascendants*, p. 244) nous enseigne « que l'article 1077 signifie simplement que les biens partagés entre-vifs ne sont pas sujets à rapport! »

En vérité, j'admire le commentaire!

Il est dans la nature des choses que quand une partie des biens a été partagée, les biens ne soient jamais rapportés à une autre masse, puisque ce serait remettre dans l'indivision les biens précédemment partagés.

Si c'est dans la nature même du partage, il n'y avait nulle nécessité d'écrire que les biens partagés *n'étaient pas sujets à rapport*. C'eût été une *simplicité*, une niaiserie de la part du législateur.

Le législateur n'avait pas à le dire, et ne l'a pas dit.

S'il l'avait voulu dire, il l'aurait dit nettement et n'aurait pas été chercher cette circonlocution : « Ceux de ces biens qui n'auraient pas été compris dans le partage (de l'ascendant) seront » partagés conformément à la loi. »

De plus, comparez l'article 887 avec l'article 1077. — Si dans le partage fait après la mort par les héritiers, il y a eu simple omission d'un objet de la succession, il y aura seulement ouverture à un supplément du partage; voilà le partage conformément à la loi; il est fait et se complète. Prenons maintenant le partage paternel: les biens qui n'y auront pas été compris seront partagés conformément à la loi!.... Cela veut-il dire qu'il y aura un supplément de partage? Non: cela signifie que le partage paternel demeurera comme partage définitif des biens par-

» quant on ne pouvait mieux indiquer ce qui se passe dans cet abandon an-  
 » ticipé, que par une dénomination qui marquât le délaissement de la posses-  
 » sion, et celui de *démission* remplit parfaitement cette idée. — Ce qui est  
 » important à observer, est que cet *abandonnement* ne se fait pas *privatim*  
 » *et abhucitè tanquam si res haberetur pro derelicta*; ce serait, dans ce cas,  
 » un abandonnement au premier occupant; mais il se fait en vue de *vétir*  
 » et rendre possesseurs les héritiers présomptifs. — Ainsi, dans la *démission*,  
 » le démettant abandonne à la vérité la possession; mais c'est pour la laisser  
 » passer à ceux à qui la loi la destinait après lui. Les enfants tiennent donc  
 » en quelque manière de leur qualité d'enfant la propriété des biens de leurs  
 » pères: leur titre est leur naissance; leur droit est aussi ancien qu'eux; mais  
 » comme cette propriété est occupée, les pères quittent par la *démission* la  
 » place et la possession; et comme ce passage de possession du père aux en-  
 » fants est ce qui paraît le plus dominant dans la *démission*, ce terme paraît  
 » très-propre et bien employé. »

ticuliers qui y auront été soumis; que pourvu qu'il n'y ait pas lésion, les autres biens seulement seront l'objet du partage légal et en feront l'objet unique et principal.

12. Remarquons maintenant quelle analogie il y a entre les démissions ou partages d'ascendants et les donations et ventes à rente viagère ou avec réserve d'usufruit dont parle l'art. 918 du Code Napoléon, qui a complété et réformé l'article 26 de la loi du 17 nivôse an II, en le transportant dans notre loi civile.

Cet article a tout compris sous les mots *aliénation à rente viagère ou avec réserve d'usufruit* (et l'aliénation à titre onéreux, qui n'est jamais donation, et la donation, laquelle est aliénation à titre gratuit); il a voulu que l'enfant détenteur d'un bien paternel, avec réserve d'usufruit ou à rente viagère, *sans le consentement de la famille*, fût regardé comme l'ayant reçu à titre de préciput et hors part, et qu'en conséquence l'enfant donataire ou acquéreur l'imputât sur la portion disponible; il a voulu de plus que, si les autres enfants y avaient consenti, leur comparution à l'acte empêchât de demander l'imputation et le rapport, c'est-à-dire que, dès que *la famille* consent authentiquement à ce que l'un des enfants reçoive un effet à rente viagère ou avec charge d'usufruit, l'acte sera traité *comme commutatif* à l'égard de la succession; il n'entrera en rien dans les supputations; il ne fera pas partie de la masse des biens. Il est permis, en ce cas, de renoncer virtuellement, par concours à l'acte même, à faire rentrer cet effet dans la masse des biens du futur *de cujus*, par dérogation à l'article 1130.

Donc, si la nouvelle doctrine réduit le partage d'ascendants à une donation par le père à chaque enfant de la portion comprise dans son lot, moyennant rente viagère ou avec réserve d'usufruit, il en résultera cette conséquence que chacun des enfants *aura consenti* à l'aliénation que le père aurait faite à *chacun des autres* des effets contenus dans son *lot individuel*, à la charge de sa portion de rente viagère, ou à la charge de la réserve d'usufruit sur son lot individuel.

Et (puisque le partage d'ascendant se composerait, dans ce cas, d'autant d'aliénations individuelles à charge de rentes viagères ou avec réserve d'usufruit qu'il y a d'enfants) les enfants, qui avaient le droit de faire un pacte sur une succession future quand on donnait à un seul, ont évidemment le même droit quand on les réunit tous ensemble pour donner à chacun d'eux;

ils consentent à *toujours* de regarder comme placée *hors de la succession* la part donnée à chacun de leurs frères, et à regarder leur part et celle de leurs frères acquise chacune à titre commutatif.

Donc le partage d'ascendant (même quand on ne le considérerait pas comme titre commutatif relativement au père de famille) sera toujours acte commutatif entre les enfants, et contiendra une convention réciproque entre eux de ne point le faire entrer dans la masse de la succession, à quelque titre ni de quelque manière que ce soit.

Et le père, qui connaissait la loi, qui savait que ses biens entraient sur-le-champ dans le commerce, qui savait qu'il donnait au moins par préciput à chacun ce qu'il leur donnait avec réserve d'usufruit, qui savait que, par l'effet du consentement de tous au lotissement des autres sous charge d'usufruit, chaque enfant consentait à la mise hors de la succession de la portion de chacun des autres; le père, qui n'était pas tenu de rendre compte des motifs personnels qui le déterminaient, n'a pas entendu faire une simple donation : il a acquiescé au consentement de chacun, ou plutôt l'a provoqué, pour que chacun devint propriétaire à titre commutatif.

Remarquons bien qu'on en pouvait faire tout autant sous la loi du 17 nivôse, du moins par rente viagère, et qu'un père pouvait donner tous ses biens à ses enfants moyennant une rente viagère, même inférieure au revenu annuel; que cette cession à titre de donation, mais approuvée par tous, était regardée comme commutative et exécutoire, quel que fût plus tard l'état de la succession. Pourquoi donc en serait-il autrement sous le Code?

13. On veut en vain convertir les partages anticipés en donations en avancement d'hoirie. S'ils sont démission, abdication, renonciation *in favorem*, ils ne sont pas donations. Ce n'est pas libéralité, c'est l'acte par lequel le père laisse aller par anticipation la nue propriété de ses biens là où le vœu de la nature et de la société en marque la place, en exerçant en même temps le droit paternel de les partager et distribuer également à *tous*, suivant les convenances et l'utilité particulière de chacun.

Quant à la donation en avancement d'hoirie, elle est vraiment donation (quoique le père soit tenu par le droit naturel d'établir ses enfants), et voici pourquoi elle est donation :

C'est qu'elle est individuelle, qu'elle ôte pour *un seul* quelque chose à la masse des biens destinés à tous, et que, suivant les circonstances, le donataire peut retenir le don jusqu'à concurrence du disponible. Ainsi, la donation par avancement d'hoirie est une vraie donation, parce que éventuellement elle diminue le bien de la famille; le partage n'est pas une vraie donation, parce qu'il n'appauvrit pas la famille, objet perpétuel et principal des soins et des pensées paternelles, en comparaison duquel les occasions de distraire une partie des biens de la conservation de la famille ne sont qu'accidentelles.

Aussi la donation par avancement d'hoirie est-elle essentiellement rapportable à la succession : les biens *partagés* ne peuvent jamais être rapportés.

La donation par préciput est bien plus essentiellement encore une vraie donation; aussi est-elle essentiellement réductible lors de l'ouverture de la succession. Le partage d'ascendant n'est pas sujet à réduction.

La raison en est simple : c'est une soustraction faite actuellement à la masse des biens, partagée dès à présent entre ceux-là mêmes dans l'intérêt desquels la loi établit la réductibilité.

14. Puisque les partages d'ascendants ne sont *ni rapportables, ni réductibles*, les biens sortis du patrimoine par partages d'ascendants en sont sortis aussi absolument que les biens formant l'objet d'un contrat commutatif quelconque : donc ils ne sont pas compris dans les mots « les libéralités » de l'article 913.

Pour nous en convaincre, suivons le texte même du chapitre 3 (*De la Portion disponible et de la Réduction*) et les divisions de ce chapitre.

La section 1<sup>re</sup> traite *de la Portion disponible*.

Elle est établie par les articles 913, 914, 915 et 916.

Suivant l'article 913, les libéralités ne peuvent excéder *la moitié*, le tiers ou le quart des biens; suivant le chapitre 7, l'ascendant peut partager *tout* ce qu'il possède, *L'ENTIER*... Donc la loi ne soumet pas les partages à *une limite de quotité*; donc l'article 713 n'a pas été écrit pour les partages permis par l'article 1075.

En effet, bien qu'il ne soit pas plus tenu de partager que de vendre ou de donner, toujours est-il que, quand le père de famille partage, il fait *autre chose* qu'une simple donation soumise par la loi au rapport ou à la réduction, objet de ce cha-

pitre 3. Il délivre les biens à titre successif, il les retranche (par la permission de la loi, qui permet ce contrat en dérogeant à l'article 1130) de sa succession future; il les *aliène* au profit de tous ses enfans et de chacun : ils n'entreront donc pas dans la masse de ses biens.

Après les articles 913, 914, 915, 916, qui fixent la portion disponible, viennent : 1° l'article 917, qui veut que les donations d'usufruit et de rente viagère soient exécutés pleinement, à moins que les enfans n'optent pour abandonner en paiement la quotité disponible tout entière; 2° l'article 918, qui déclare les donations, ventes ou autres aliénations du père à l'enfant, à fonds perdu, à rente viagère ou avec réserve d'usufruit, tantôt *donations par préciput*, si la famille n'y a pas consenti, tantôt *aliénation à titre onéreux*, si tous les autres enfans y ont concouru et consenti par dérogation à l'article 1130; 3° et l'article 919, qui permet les donations par préciput aux enfans.

La section 2 vient traiter ensuite *De la réduction des donations et legs*. L'article 920 pose le principe de leur réductibilité à la quotité disponible lors de l'ouverture de la succession, et l'article 922 ordonne la réunion fictive à la masse des biens, de ceux dont il a été disposé *par donations entre-vifs*.

Si j'ai prouvé jusqu'à présent que le partage d'ascendant n'est pas dans le fond *une donation*, mais un partage sous forme de donation, on ne pourra comprendre les partages d'ascendants dans la réunion fictive.

15. En vain dira-t-on qu'aux termes de l'article 1076 les partages d'ascendants doivent suivre toutes les formalités, conditions et règles des donations, ce qui les soumettrait à la réunion fictive de l'article 922.

L'article 1076 ne dit pas que les partages d'ascendants auront toujours les mêmes suites, les mêmes effets, les mêmes conséquences, que les donations entre-vifs ordinaires. Ce n'est pas là son texte; il s'occupe des moyens à l'aide desquels l'ascendant *pourra faire* ces partages, et dit : « Quand les ascendants » voudront faire ces partages par acte entre-vifs, ces partages » (comme partages et non comme donations) *seront faits avec* » les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs; » c'est-à-dire les partages d'ascendants *seront faits* avec les formalités, conditions et règles prescrites *pour faire* les donations entre-vifs. Ainsi seront applicables aux par-



tages d'ascendants le chapitre 1<sup>er</sup>, intitulé *Dispositions générales*, et l'on ne pourra y introduire de substitutions prohibées; le chapitre 2, sur les *Conditions de capacité* pour donner et recevoir par donation entre-vifs, et le chapitre 4, sur la *Forme des donations entre-vifs*, leur acceptation, le dessaisissement, la transcription, la défense d'y comprendre des biens à venir, etc....; en un mot, on ne pourra faire de partage d'ascendant que par les moyens propres à faire une donation, et avec les conditions et les règles propres à former le contrat de donation.

L'article 1076 n'en dit pas davantage : il ne s'occupe (pour ainsi parler) que du mode de confection du partage entre-vifs; il ne parle en rien de ses effets. Ces effets seront, dans la famille, les effets d'un partage, et non les effets d'une donation; et le chapitre 3 (*De la Portion disponible et de la Réduction des donations*) ne sera en rien applicable aux partages d'ascendants, car ce chapitre 3 ne s'occupe en rien des formalités, conditions et règles pour une donation; il s'occupe exclusivement des suites et conséquences de l'excès éventuel de donations valablement faites; il ne touche en rien à leur essence.

Que vient donc faire ici l'article 922? Il ne peut pas, sous le nom de *donations entre-vifs*, s'occuper des biens reçus à titre de partage.

16. Nos auteurs modernes se trompent sur la portée de l'article 922; il n'est pas une loi du fond du droit (*decisoria litis*): ce n'est qu'une loi réglementaire de l'exécution (*ordinatoria litis*), une véritable loi de procédure pour aider la marche de l'opération. Or, si une loi réglementaire se trouve en certains cas en opposition apparente avec les lois qui régissent le fond, il n'en faut faire qu'une application prudente et conforme au système général de la loi.

Ainsi on ne réunira pas fictivement à la masse les donations de biens à venir ou de quotités faites par contrat de mariage, quoique ce soient là des biens donnés entre-vifs; et pourquoi? Parce que ce sont là des biens trouvés au décès, et que mathématiquement on accroîtrait inconsidérément la masse, de biens qui y sont déjà comptés.

Ainsi on ne réunira pas fictivement à la masse les donations entre-vifs que le défunt a faites d'usufruit ou de rentes viagères,

aux termes de l'article 917, parce qu'elles sont charges de la masse des biens.

Ainsi on ne réunira pas fictivement à la masse les ventes, donations ou aliénations à fonds perdu, rente viagère ou avec réserve d'usufruit, faites par le père à l'un des enfants, quand tous les enfants y ont consenti; et pourquoi? parce que l'article 918 en défend le rapport à la succession et l'imputation sur la quotité disponible, et qu'il est évident qu'on ne peut réunir fictivement, pour calculer la quotité disponible, ce que la loi déclare ne pouvoir être imputé sur cette quotité et ne pouvoir faire partie des biens de la succession.

Donc, et de même, on ne peut réunir fictivement à la masse les biens sortis des mains du père de famille à titre de partage d'ascendant, d'abord parce que le partage n'est pas donation entre-vifs, qu'il n'en a que la forme; en second lieu, parce qu'il est en soi acte à titre commutatif; en troisième lieu, parce que l'article 922 ni les articles précédents ne le comprennent dans les actes réductibles; en quatrième lieu, parce que les biens portés aux partages d'ascendants avec réserve d'usufruit sont de même condition que ceux dont il s'agit en l'article 918, qui certes n'entrent jamais dans la réunion fictive.

17. On se fait contre cette doctrine une arme de la limitation apportée au droit de disposer. Un père de famille, après avoir partagé, ne pourra plus faire de préciput utile!

Est-ce donc le seul cas où le père de famille enchaîne sa volonté?

Que dirons-nous, par exemple, de l'institution d'héritier par contrat de mariage, de la promesse d'égalité entre les enfants, qui empêche d'en avantager aucun? Ce sont toutes dispositions qui enchaînent le pouvoir du père de famille par pacte sur sa succession future. Il n'a alors d'autre ressource que de faire en même temps *une réserve* sur ce dont il pourra disposer à l'avenir.

Pourquoi, au lieu de partager, le père ne s'est-il pas contenté de donner à chaque enfant tels ou tels immeubles à titre d'avancement d'hoirie? La loi lui en laissait le droit. S'il a pris la voie de partage, c'est qu'il a voulu faire autre chose que de simples avancements. Nul ne peut parler des inconvénients d'un contrat quand ce contrat a été volontaire.

Il y a des inconvénients à réduire le père à n'établir dans

l'avenir un préciput que sur le quart des biens qui se trouveront en nature dans sa succession.

Ces mêmes inconvénients se rencontrent s'il a donné immensément à titre particulier à un étranger avant que de donner à ses enfants.

Ils se rencontrent s'il a donné immensément à un enfant avant que de donner aux autres. Si c'est par avancement d'hoirie, celui-ci renoncera et conservera la portion disponible; si c'est par préciput, celui-ci retiendra portion disponible et part d'enfant.

Il y aurait des inconvénients bien plus graves à dire qu'un père, après avoir *partagé* une portion de ses biens à ses enfants, ne vit plus que *pour lui-même*, que pour satisfaire ses goûts, ses penchants, ses passions; qu'il peut amasser et léguer le reste de ses biens à une personne étrangère, en supposant que ce qu'il a partagé sans réserve aucune doive rentrer dans la masse, pour satisfaire à son ardeur d'enrichir une personne indigne!

Si, après avoir partagé sans réserve aucune et avec des conditions onéreuses à ses enfants, il peut donner le reste de ses biens à un enfant sans y admettre les autres, il peut aussi donner le reste de ses biens (sans y admettre un seul enfant) à une personne étrangère et indigne!

Donc les inconvénients se balancent; donc ils ne peuvent être invoqués.

18. Il y a d'ailleurs une raison sans réplique: c'est que le rapport, la réduction et la réunion fictive ont été institués par la loi dans l'intérêt de la famille héritière; qu'on comprend le rapport, la réduction et la réunion fictive, quand il y a donation à un étranger, même quand il y a donation à un enfant *individuellement*, parce que ces donations nuiraient à la famille et à l'égalité entre enfants; mais quand il y a partage, ni le rapport, ni la réduction, ni la réunion fictive, ne sont ni ne peuvent être applicables, car le partage a été fait **A TOUTE LA FAMILLE**. Les lois introduites en faveur de la famille et de l'égalité entre enfants ne peuvent pas être invoquées contre la famille *collectivement*, ni contre l'égalité entre enfants.

Donc, reste debout la doctrine de la Cour de cassation, qu'a suivie la Cour de Rouen, que « de la lettre comme de l'esprit des » articles 1075 et suivants du Code Napoléon, il résulte que, » sauf la volonté et les stipulations contraires, le partage *régu-*

» *lièrement* fait par acte entre-vifs enlève *complètement et à ja-*  
 » *mais* au patrimoine de l'ascendant les biens dont il a été des-  
 » saisi par le partage ; que ce sont les biens seuls qui existeront  
 » au décès de l'ascendant qui devront être partagés, conformé-  
 » ment à la loi, et seulement sur leur masse (sans y réunir celle  
 » des biens précédemment partagés) qu'on devra liquider et  
 » fixer la réserve légale et la portion disponible. »

COIN-DELISLE <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Je l'ai déjà dit page 17, qui de nous, en jurisprudence, peut se vanter d'avoir une opinion à soi !... La décision que j'ai défendue appartenait à nos anciens ; et les auteurs ne l'ont développée ni énoncée, tant elle leur paraissait naturelle. Aujourd'hui qu'elle est attaquée, il faut la rétablir : aussi, depuis que cette dissertation était sous presse, le *Commentaire* de M. Troplong sur le titre *des Donations entre-vifs et des Testaments* a paru, et j'ai retrouvé avec une sorte de bonheur, dans ce livre, la question traitée avec l'élévation de pensées ordinaire chez ce magistrat, et traitée au même point de vue que dans la dissertation qui précède. L'illustre écrivain y revient deux fois : d'abord sur l'article 922, nos 964, 965, 966, 967, t. II, p. 585 et suiv., où l'on remarque cette phrase : « Le partage anticipé lie tellement les en- » fants, qu'ils ne peuvent l'attaquer qu'autant qu'il y aurait lésion, ce qui » indique d'une manière bien frappante qu'ils possèdent les biens qui en sont » l'objet comme s'ils les eussent acquis à titre onéreux ; » et sur l'article 1077, t. IV, p. 452, n° 2315. Je ne dois pas en dire davantage. Il faut laisser au lecteur le plaisir de lire les développements de cette doctrine dans l'ouvrage même.

## DE LA RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES.

Les notaires sont-ils tenus, même en dehors d'un mandat spécial pour cela, de veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires pour la conservation des droits résultant, en faveur des parties, des actes qu'ils reçoivent ?

Dissertation par M. PAUL PONT, docteur en droit, juge au Tribunal civil de la Seine.

« En général, il n'est pas bon de pousser à l'excès la responsabilité des notaires, et il ne faut pas environner de trop de périls leurs fonctions déjà si délicates et si difficiles. » Cette pensée du magistrat éminent dont les écrits projettent sur la science du droit une si vive lumière, nous est revenue en mémoire à l'examen de la décision récente sur laquelle nous nous proposons d'appeler l'attention des lecteurs. En la formulant dans son Commentaire sur le *Contrat de Mandat*, n° 26, M. le premier président Troplong avait assurément en vue quelques arrêts qui, précisément lors de la publication de ce Commentaire, semblaient accuser, au point de vue de la responsabilité des notaires, une tendance fâcheuse. Depuis, et grâce peut-être à la critique indirecte que renferme l'opinion exprimée par le savant écrivain, cette tendance a paru s'affaiblir. Mais si nombre de décisions ont restreint à sa juste mesure le principe de la responsabilité des notaires, il en intervient encore, et trop souvent, d'autres qui l'exagèrent et manquent à cette réserve si sagement conseillée par l'auteur que nous venons de citer.

Nous trouvons un exemple notable dans l'arrêt auquel nous faisons allusion tout à l'heure. En voici l'espèce :

Plusieurs cohéritiers possédaient en commun une tuilerie qu'ils voulurent liciter. En conséquence, ils chargèrent le notaire de la localité de procéder à l'adjudication, et le 3 février 1850, l'un des cohéritiers se rendit adjudicataire moyennant la somme de 5,200 francs, sur laquelle, à raison du droit qu'il avait lui-même, il ne devait à ses cohéritiers que 4,200 francs, qui étaient payables à diverses époques, à deux ans, à trois ans et à dix ans, en l'étude du notaire où les colicitants avaient fait élection de domicile, aux termes du cahier des charges. Au moment de la licitation, l'adjudicataire présentait à ses cohéri-

tiers toutes les garanties désirables de solvabilité, et les délais de la loi s'écoulèrent sans qu'il fût pris aucune inscription pour la conservation du privilège de copartageant. Cependant, deux ans plus tard, l'adjudicataire était tombé en de mauvaises affaires; il avait souscrit diverses obligations pour tenter de se relever; mais poursuivi par ses créanciers, il fut, en fin de compte, mis en état de faillite; et au mois de juillet 1852 seulement fut prise, par le clerc du notaire qui avait procédé à l'adjudication, l'inscription qui, aux termes de la loi, aurait dû être faite dans les soixante jours à dater de l'adjudication. Cette inscription fut contestée, on le comprend, lors de la réunion des créanciers de la faillite; et la créance des cohéritiers ayant été complètement perdue par suite de cette contestation, le notaire fut assigné par eux devant le tribunal d'Avallon, comme responsable de la perte qu'ils avaient subie.

Le système de défense du notaire se réduisait à des termes fort simples. Comme officiers publics, disait-il, les notaires ne sont responsables, aux termes de la loi du 25 ventôse an XI, que pour inobservation des formalités prescrites pour la validité des actes qu'ils reçoivent; et quant aux mesures de sûreté à prendre par suite de ces actes, ils ne peuvent être tenus que comme tout autre mandataire ou *negotiorum gestor*. Or si aucune inscription n'a été prise dans les délais, à la suite de l'acte de licitation de 1850, la responsabilité de cette omission ne pourrait peser sur le notaire qu'à la condition, pour les cohéritiers, de prouver qu'ils lui ont donné mandat de prendre l'inscription, ou que, de lui-même, le notaire s'est immiscé dans leurs affaires. Mais cette preuve n'a pas été faite. A la vérité l'inscription a été prise par le notaire ou par son clerc, au mois de juillet 1852, c'est-à-dire plus de deux ans après l'adjudication par licitation; mais c'est parce que le mandat de la prendre a été donné à cette époque, et, en tous cas, cela ne prouve pas qu'il ait été donné lors de la licitation. — Ajoutons que cette défense se corroborait d'un usage inconnu à Paris, mais fort répandu dans la province, notamment dans les campagnes, où il est à peu près général: c'est que dans les licitations entre cohéritiers, les parties se connaissant parfaitement et sachant quelle est la solvabilité de l'adjudicataire, veulent avant tout s'épargner des frais inutiles; en conséquence, ils ne prennent jamais d'inscription pour conserver leur privilège.

Ces considérations de fait et de droit eurent un plein succès devant les premiers juges ; le tribunal d'Avallon, les reproduisant à peu près littéralement les unes et les autres dans son jugement du 29 juin 1853, renvoya le notaire complètement indemne de la demande.

Les cohéritiers ne se tinrent pas pour battus ; ils appelèrent de la décision : mais ils crurent prudent de restreindre le débat sur l'appel ; et convaincus, quant à eux, que la théorie de droit exposée par les premiers juges était inattaquable, ils réduisirent tout à une question d'intention, se bornant à soutenir qu'en fait le notaire était leur mandataire, et qu'il avait reçu d'eux mandat pour prendre en leur nom l'inscription du privilège.

Toutefois la Cour de Paris, devant laquelle l'appel était porté, voulut aller au delà. Le 13 juin 1854, elle infirma, en droit aussi bien qu'en fait, le jugement du tribunal d'Avallon par un arrêt dont voici les motifs : « Considérant que le devoir du notaire ne consiste pas seulement à remplir les formalités prescrites par les lois pour la régularité des actes qu'il reçoit ; qu'il doit encore veiller à l'accomplissement des conditions nécessaires pour conserver les droits des parties, et que son obligation est d'autant plus étroite que l'ignorance des formes et l'inexpérience des affaires peuvent avoir, pour les clients qui se confient à ses lumières, de plus fâcheuses conséquences ; — Considérant que N... , notaire habituel de la famille D... , était, par la nature même du contrat dont il avait été le rédacteur, chargé d'en assurer l'effet ; que les parties avaient élu domicile en son étude ; qu'il est resté détenteur des pièces ; qu'il est en effet établi qu'après la déclaration de faillite de François D... , c'est N... qui a fait aux syndics les productions exigées pour la vérification de la créance des appelants ; qu'il est également établi que le 26 juillet 1852, quand les délais légaux étaient passés, N... a requis inscription pour la conservation du privilège de copartageant ; que cette mesure tardive n'a pu être que l'exécution du mandat qui lui avait été conféré dans l'espèce, et qu'il avait négligé d'accomplir ; — Considérant que la créance des héritiers D... est perdue ; que ce préjudice résulte de la faute commise par N... , et que la réparation doit être fixée à la somme de 3,000 francs. »

Le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de

cassation le 14 février 1855 <sup>1</sup>. Mais ce n'est pas à dire que la Cour suprême ait tout accepté dans l'arrêt; elle en a formellement condamné, au contraire, la partie principale, et n'a maintenu que la partie secondaire.

Il y a, en effet, deux choses à considérer dans l'arrêt de la Cour de Paris. D'abord cette Cour dit, en pur droit, que le notaire, alors même qu'il a rempli toutes les formalités prescrites pour la régularité des actes qu'il reçoit, engage sa responsabilité, aux termes des principes, s'il ne veille pas en outre à l'accomplissement des conditions nécessaires pour conserver les droits des parties. Et puis, comme si elle doutait elle-même de la solidité de cette théorie, qu'il est en effet plus que difficile d'établir en droit, elle se rattache aux faits de la cause et les commente de manière à en induire l'existence d'un mandat spécial que le notaire aurait reçu dans l'espèce, et auquel il aurait contrevenu en ne requérant pas inscription en temps utile.

C'est cette dernière appréciation qui a sauvé l'arrêt de la cassation qui eût été infailliblement prononcée si la Cour de Paris s'en fût tenu à la première: la Cour suprême exprime cela aussi nettement qu'elle pouvait l'exprimer dans un arrêt de rejet.

A vrai dire, cependant, et même sur le point où la décision de la Cour de Paris a été maintenue, il nous paraît que la Cour de cassation y a mis une bien grande réserve.

Sans doute, nous reconnaissons que le notaire *qui s'est chargé* d'assurer l'exécution ou l'efficacité de l'acte qu'il a reçu est responsable envers ses clients de sa négligence, sinon en vertu de la loi de son institution et de sa qualité de notaire, toutes choses qui sont ici hors de cause, comme nous le démontrerons bientôt, au moins en vertu du mandat qu'il accepte. Mais au moins faut-il que le mandat ne soit pas dénié ou qu'il découle des règles du droit.

Or, le mandat était formellement dénié dans l'espèce. Découlaient-il des règles du droit?

Et d'abord quelles sont ces règles?

A notre avis, il faut ici quelque chose d'express et de positif; la vérité des principes le réclame et la responsabilité du notaire ne peut être justement engagée qu'à cette condition.

Quelques auteurs, et même des plus accrédités, ont soutenu

<sup>1</sup> V. Devilleneuve et Carette, 55, 1, 171; Dalloz, 55, 1, 170.



que si l'acceptation d'un mandat peut être tacite, par exemple lorsqu'elle résulte de l'exécution, il en est autrement du mandat lui-même qui, dans l'état actuel de la législation, doit être toujours *exprès*. Nous n'allons pas jusque-là, du moins en thèse générale; nous admettons bien que le mandat *tacite* est possible et qu'il peut se produire sous le Code Napoléon, comme il se produisait autrefois; ainsi nous en reconnaitrons l'existence, indépendamment de toute preuve, lorsque la situation respective des parties fera par elle-même supposer le mandat: telle sera par exemple la situation du marchand par rapport à son commis; telle encore, si l'on veut, la situation d'un notaire vis-à-vis de son clerc.

Mais entre le notaire et son client c'est tout autre chose: il ne saurait suffire assurément que la qualité du notaire et celle du client soient constantes pour qu'on en doive induire nécessairement que le premier est mandataire du second; et à ce point de vue nous trouvons un vice capital dans l'arrêt de la Cour de Paris qui, déclarant un notaire responsable vis-à-vis de son client, place en première ligne dans les causes susceptibles de créer la responsabilité, cette circonstance que l'officier public condamné était le notaire habituel de la partie.

Évidemment il n'y a aucun lien nécessaire entre l'idée de mandat et le fait relevé par la Cour de Paris, et la Cour ne s'y serait pas méprise si elle n'eût laissé dans l'oubli une distinction qu'il faut toujours faire entre les actes mêmes du ministère du notaire et les affaires qui ont trait à ces actes et s'y rattachent plus ou moins directement. Que le notaire soit réputé mandataire du client pour les actes même qu'il reçoit comme notaire, cela se conçoit; mais que pour ce qui reste en dehors de ces actes, et n'en est qu'une conséquence plus ou moins éloignée, le notaire soit encore regardé comme mandataire, c'est ce qu'on ne saurait admettre. Sous ce dernier rapport, le mandat ne peut être supposé; il ne saurait être qu'à la condition d'être *exprès*; on ne pourrait, sans méconnaître les lois de la raison et de la justice, le faire résulter de la situation respective des parties: et cela s'induit avec évidence de l'arrêt du 30 juin 1852, par lequel la Cour de cassation a exclu virtuellement la possibilité d'un mandat tacite en ce qui concerne la responsabilité du notaire en matière de placement de fonds. « Les notaires, » a dit la Cour, sont des fonctionnaires publics établis pour re-

» cevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent  
 » ou veulent donner le caractère authentique; là doit se borner  
 » leur mission et la responsabilité qui peut en résulter. Si, en  
 » certains cas, les notaires, n'agissant plus comme notaires,  
 » mais devenus mandataires des parties *par leur volonté respec-*  
 » *tive*, peuvent être soumis à la responsabilité comme manda-  
 » taires, *il faut que le mandat ne soit pas dénié ou découle des*  
 » *règles du droit*<sup>1</sup>. »

Ainsi de ce que la partie est le client habituel du notaire, il ne s'ensuit pas que celui-ci soit constitué le mandataire de cette partie pour tout ce qui se rattachera aux actes dont la rédaction lui aura été confiée : il faudra, pour qu'il y ait mandat, que la proposition en ait été faite au notaire, qu'elle ait été acceptée par lui ; et le mandat n'existera que dans la mesure de la convention formée à cet effet. Voilà une première règle.

En voici une seconde qui n'est pas moins certaine : il ne suffira pas au client d'alléguer l'existence d'un mandat exprès, il devra prouver que le mandat existe réellement.

En droit, ceci serait difficilement contestable; car dans l'hypothèse où nous sommes placés, le notaire n'agit plus comme notaire, il n'est pas dans l'exercice de ses devoirs professionnels, puisque, s'il en était autrement, il ne pourrait pas être question d'une convention de mandat ni d'un mandat à prouver, le mandat existerait et serait supposé par la seule force des choses; le notaire, dans notre hypothèse, est mandataire abstraction faite de sa qualité; il l'est comme le serait toute personne non revêtue de fonctions : il n'y a donc pas de motifs pour que le mandant soit déchargé de l'obligation de prouver le mandat vis-à-vis de lui. — En fait, cela serait moins contestable encore. Les rapports entre le notaire et le client, particulièrement dans les campagnes, sont fréquents plus qu'on ne saurait le penser; ils le sont d'autant plus que ces rapports, tant qu'ils ne se résolvent pas en actes du ministère du notaire, ne donnent lieu à aucun honoraire. Aussi le notaire, et particulièrement le notaire rural, est-il véritablement assailli : tout aboutit

<sup>1</sup> V. *Journal du Palais*, 1852, 2, 268. V. encore un autre arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 1847 (*ibid.*, 1847, 2, 188), où on lit « qu'en droit, un mandat est un contrat passé entre celui qui le donne et celui qui l'accepte, et qu'il doit résulter de la volonté réciproque du mandant et du mandataire. »

à son étude. Pour qui a vu les choses de près, il est certain qu'il n'y a pas de difficulté, quelle qu'en soit la nature, à l'occasion de laquelle le notaire ne soit consulté, pas d'incident sur lequel on ne vienne faire appel à ses lumières, pas d'affaire à traiter, si minime qu'elle soit, pour laquelle le paysan se fasse faute d'aller à l'étude solliciter un avis. Supposez maintenant qu'il suffise, pour établir le mandat, d'en alléguer l'existence, et voyez quel danger sort pour le notaire d'une position qu'il ne crée pas et qu'il doit subir. L'habitant de la campagne calcule avant tout; et s'il s'est engagé dans une affaire qui a mal tourné pour lui, il tentera de tirer parti de ces relations toutes de confiance établies entre lui et le notaire à côté duquel il vit; et il ne lui en coûtera pas, en vue d'éviter un préjudice, d'opposer ces relations mêmes, de s'en autoriser pour alléguer le mandat, et en faire sortir une responsabilité à la faveur de laquelle il parviendrait à s'exonérer. — L'obligation pour le client de prouver sera donc la sauvegarde du notaire. En droit, le notaire est fondé à y prétendre; en fait, les conditions mêmes de sa position exigent que cette garantie lui soit donnée.

Ce n'est pas tout encore : il ne suffira pas, pour établir l'existence du mandat, d'une preuve telle quelle, d'une présomption quelconque, d'une conjecture plus ou moins certaine; il faudra, et ceci est une troisième règle, que le mandat soit prouvé dans les termes du droit commun. Notons bien, en effet, que nous ne sommes pas ici dans l'hypothèse d'une gestion d'affaires. Car s'il s'agissait de faits se rapportant, non pas à un mandat ou procuration dont il ne tient qu'à la partie de se procurer toujours une preuve par écrit, mais à des démarches personnelles du notaire, à des agissements spontanés, à une gestion d'affaires proprement dite enfin qui exclut précisément toute participation du client, et dont par conséquent il ne lui a pas été possible de se procurer une preuve écrite, on comprendrait que ces faits pussent être établis à l'aide de présomptions, à l'aide même de la preuve testimoniale, aux termes de l'article 1348 du Code Napoléon. Ceci est constant en doctrine et en jurisprudence<sup>1</sup>, et un arrêt de la Cour de Bordeaux, du

<sup>1</sup> Cass., 19 mars 1845 (Deville. et Car., 45, 1, 262; Dall., 45, 1, 186; *J. P.*, 1845, 1, 388); — Bourges, 6 août 1845 (*J. P.*, 1847, 1, 467; Dev., 47, 12, 160). V. aussi MM. Troplong, *Du mandat*, n° 147; Zachariæ, § 765, note 5; Bonnier, *Des preuves*, n° 115 et 120; Mourlon, *Répét. écrites*, t. II, p. 722.

20 juin 1853<sup>1</sup>, le dernier, à notre connaissance, qui ait été rendu à ce sujet, établit ce point de droit avec la plus grande netteté. Mais c'est d'un mandat véritable qu'il s'agissait dans l'espèce qui nous occupe. La gestion d'affaires n'a pas été mise un seul instant en avant ni au premier degré de juridiction, ni devant les juges d'appel, ni à la Cour de cassation. L'idée de mandat a été admise constamment et par tous. Or la jurisprudence, en ce qui touche la preuve d'un tel contrat, est certaine aussi. Il en résulte que la preuve doit être faite dans les termes du droit commun. C'est ce que décident formellement les deux arrêts déjà cités de la Cour de cassation, du 2 juin 1847 et du 30 juin 1852; et un arrêt tout récent, du 19 juillet 1854<sup>2</sup>, rappelle cette jurisprudence et la confirme en décidant que s'il appartient aux juges d'apprécier, d'après les circonstances de la cause et la nature de l'affaire, l'étendue du mandat et des obligations du mandataire, *il faut au moins que l'existence du mandat soit établie suivant les règles ordinaires de la preuve des obligations conventionnelles*. — C'est, d'ailleurs, la disposition formelle de l'article 1985 du Code Napoléon.

Or ces règles non moins que ce dernier article sont certainement méconnues, dans l'espèce, par la Cour de Paris, dans la partie de son arrêt relative au mandat conventionnel dont elle a déclaré l'existence.

De quoi s'agissait-il, en effet? D'un mandat prétendu, reposant sur une *convention verbale*, puisqu'aucun acte écrit constatant cette convention de mandat n'était ni produit ni même allégué. Comment donc la convention devait-elle être établie? Ce n'aurait pu être assurément au moyen de la preuve testimoniale, puisque d'après les règles générales sur la preuve des obligations, règles que l'article 1985 du Code Napoléon déclare applicables au mandat, la preuve testimoniale n'est pas admissible au delà de 150 fr. (C. Nap., art. 1341 et 1343), à moins qu'il n'ait pas été possible à la partie de se procurer une preuve écrite (art. 1348), exception tout à fait hors de cause dans le cas de mandat, le mandant pouvant toujours retirer une preuve écrite du mandat qu'il a donné; ou encore à moins qu'il existe un com-

<sup>1</sup> V. *Journal du Palais*, 1855, 1, 288.

<sup>2</sup> Dalloz, 1855, 1, 25. V. encore, dans le sens de cette jurisprudence: Bordeaux, 28 mars 1844, et Lyon, 18 juillet 1845; Douai, 29 mai 1844 (*Dall.*, 45, 1, 462; 2, 111; *J. P.*, 1845, 2, 581; Devill., 45, 2, 150; 46, 2, 167).

mencement de preuve par écrit (art. 1347), autre exception qui n'aurait pu être invoquée dans l'espèce, aucun acte n'étant produit de ceux auxquels la loi donne la valeur d'un commencement de preuve par écrit. C'est donc ici le cas de dire, avec M. Troplong, Commentaire du *Mandat*, n° 142, et avec la Cour de cassation elle-même, dans tous les arrêts ci-dessus cités, « qu'il faut que le mandat résulte entre les parties d'une autre source que la preuve testimoniale; qu'il faut qu'il soit constaté par des aveux ou par des écrits.... »

Et si le mandat, dans l'espèce, ne pouvait être établi au moyen de la preuve testimoniale, il ne pouvait donc pas être établi non plus par la preuve indirecte résultant des présomptions. Car c'est une règle de droit, consacrée par l'article 1353 du Code Napoléon, que les présomptions de l'homme, ces conséquences que le juge tire de faits reconnus pour arriver à la connaissance de faits contestés, marchent de pair avec la preuve testimoniale; que si elles sont admissibles dans tous les cas où cette dernière preuve peut être autorisée, elles ne doivent être admises, du moins, que dans les mêmes cas. La Cour de Montpellier avait tenté d'étendre au delà le domaine des présomptions; mais son arrêt a été cassé<sup>1</sup>: et les auteurs, en général, ont reconnu depuis que la preuve indirecte résultant des présomptions doit être rigoureusement renfermée dans les limites que lui assigne l'art. 1353 du Code Napoléon<sup>2</sup>.

Et cependant, la décision dont il s'agit ici n'a pour base que la preuve prétendue résultant de certains faits avoués dans la cause. Les juges se sont attachés exclusivement à ces faits, et ils en ont induit l'existence d'un mandat pour arriver ensuite, par une conséquence ultérieure, à faire peser sur le notaire une responsabilité motivée sur le préjudice résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive du mandat prétendu qu'il avait accepté. Et ce n'est pas seulement la Cour d'appel qui a procédé de cette manière; c'est aussi la Cour de cassation. En effet, en rejetant le pourvoi dont avait été l'objet l'arrêt de la Cour de Paris, la Cour de cassation ne s'est pas bornée, cette fois, comme elle l'a fait en d'autres circonstances, à juger qu'en pré-

<sup>1</sup> V. dans les Recueils, à sa date, l'arrêt de cassation du 1<sup>er</sup> mai 1815.

<sup>2</sup> V. MM. Merlin, v° *Présomption*, § 4, n° 1; Toullier, t. X, n°s 20 et 21; Zachariæ, t. V, p. 755; Marcadé, sur l'article 1353, n° 1.

sence d'une appréciation souveraine et exclusivement réservée aux juges du fond elle se trouvait désarmée par la loi même de son institution ; elle s'est approprié l'appréciation qui avait été faite, par l'arrêt attaqué, de la volonté supposée des parties ; elle en a fait la sienne, car elle a dit, dans son arrêt de rejet du 14 février 1855, que dans l'espèce « le notaire *avait reconnu* » *avoir reçu des cohéritiers le mandat de faire inscrire leur privilège de colicitants et l'avoir accepté en requérant l'inscription* ; qu'il alléguait seulement, mais sans en fournir la preuve, « qu'il avait été chargé tardivement d'accomplir cette formalité, » *et que l'existence de ce mandat résultait d'ailleurs de tous les faits mentionnés dans l'arrêt.... »*

C'est en ceci encore, selon nous, que la Cour de Paris et la Cour de cassation ont méconnu les principes. Et, notons-le, il y a ceci de particulier que la Cour de Paris, en statuant comme elle l'a fait, se tenait dans l'esprit de ses précédents généralement trop rigoureux dans les questions de responsabilité notariale, tandis que la Cour de cassation n'a pu, dans le cas particulier, asseoir la responsabilité du notaire, prétendu mandataire, sur les bases qu'elle a acceptées, sans faire violence à sa propre jurisprudence. Elle avait constamment admis, en effet, que les prohibitions des articles 1341, 1343, 1353 peuvent être opposées à celui qui allègue avoir donné un mandat à un notaire et demande à en faire la preuve. Elle avait jugé, dans cet esprit, que le notaire qui a reçu un acte de vente ne peut être actionné, comme responsable de ce qu'il aurait omis de retirer un état d'inscription hypothécaire, qu'autant que l'acquéreur établit, *suivant les règles ordinaires*, avoir donné au notaire la mission, acceptée par lui, de remplir cette formalité, et que l'acquéreur *ne saurait faire résulter la preuve* du mandat de ce que le notaire aurait été chargé de recevoir l'acte et de le présenter à la transcription<sup>1</sup>. Dans cet esprit encore, elle avait pensé qu'on ne peut admettre, comme tendant à prouver le mandat confié à un notaire de choisir des emprunteurs en vue d'un placement de fonds dont il est chargé, le fait par le notaire d'avoir, postérieurement à l'obligation, rédigé le bordereau d'inscription et demandé au conservateur le certificat des inscriptions frappant les

<sup>1</sup> Arrêt du 2 juin 1847 (*J. P.*, 1847, 2, 188). V. aussi Bordeaux, 26 mai 1844 ; Douai, 29 mai 1844, et Lyon, 18 juillet 1845 (*J. P.*, 1844, 2, 425, et 1845, 2, 581).

biens hypothéqués à la sûreté de la créance<sup>1</sup>. La Cour de cassation n'avait admis les présomptions jusqu'ici que lorsque le mandat allégué impliquait moins un mandat qu'une gestion d'affaire; encore même avait-elle pris soin, dans ce cas, d'indiquer nettement la raison de distinguer et de réserver expressément l'hypothèse du mandat proprement dit : ainsi en est-il notamment d'un arrêt dans lequel on lit « qu'en droit, la gestion volontaire des affaires d'autrui, telle qu'elle est prévue et déterminée par l'article 1372 du Code Napoléon, reposant uniquement sur des faits, ne peut être soumise, quant à la preuve de son existence, aux prohibitions prononcées par les articles 1341 et 1985 même Code, qui ne s'appliquent qu'aux contrats et au mandat qui a pour objet le pouvoir donné par le mandant au mandataire, qui l'accepte, de faire quelque chose pour lui et en son nom<sup>2</sup>. » Il a donc fallu que la Cour de cassation fit un pas en arrière et revint sur cette jurisprudence pour s'attacher, dans un cas où il n'était nullement question de gestion d'affaires, aux circonstances avouées de la cause, et ériger, en dehors de tout commencement de preuve par écrit, ces circonstances en présomptions suffisantes pour établir l'existence, non-seulement du mandat allégué par le mandant prétendu, mais encore de l'acceptation du mandat par le mandataire.

Pourrait-on dire du moins que le mandat, dans la cause, s'induisait invinciblement de ces circonstances, et qu'ainsi les faits étaient, par leur gravité même, susceptibles de justifier cette espèce d'abandon d'une jurisprudence arrêtée? En aucune façon. Le mandat allégué aurait eu pour objet l'inscription, en temps utile, du privilège des colicitants. Il faudrait donc que tous les faits relevés à la charge du notaire convergeassent nécessairement à cette idée que mission lui avait été donnée, et avait été acceptée par lui, de faire cette inscription en temps utile, c'est-à-dire, aux termes de l'article 2109 du Code Napoléon, dans les soixante jours de l'adjudication par licitation. Voyons donc si les faits avaient nécessairement cette signification.

En premier lieu, nous trouvons l'élection de domicile. Mais

<sup>1</sup> V. l'arrêt déjà cité, du 30 juin 1852.

<sup>2</sup> Arrêt du 19 mars 1845 (J. P., 1845, 1, 388). V. encore 3 et 5 août 1847, et 19 juin 1850 (J. P., 1848, 4, 45; 1851, 1, 267). V. aussi Bordeaux, 20 juin 1853 (Devill., 54, 2, 44).

comment le mandat dont il s'agit ici peut-il raisonnablement être déduit de cette circonstance que le cahier des charges contenait élection de domicile en l'étude du notaire? Ce cahier des charges avait nécessairement précédé l'adjudication; il se reportait donc, par sa date, à une époque où nul ne savait ce qui adviendrait des immeubles licités, si l'adjudication se ferait au profit d'un colicitant ou au profit d'un étranger. Supposez qu'un étranger se fût rendu adjudicataire, il n'était plus question d'un délai de soixante jours pour l'inscription; le délai était alors indéterminé, puisque l'inscription aurait pu être prise avec utilité jusqu'à la transcription de l'aliénation que l'acquéreur aurait pu consentir. Où est donc le lien nécessaire entre ce fait d'une élection de domicile qui se trouve dans un cahier de charges dressé à l'avance et le mandat, pour l'officier chez lequel domicile est élu, d'opérer l'inscription dans les soixante jours de l'adjudication? Et par quel effort de raisonnement arrive-t-on du fait à la preuve du mandat? Nous ne saurions le dire pour notre part. Nous n'avions vu jusqu'ici, dans les élections de domicile qui figurent aux actes, que des clauses en quelque sorte de style, et à l'aide desquelles ceux qui les stipulent entendent s'assurer, soit, en cas de contestation, qu'ils seront jugés par le tribunal du lieu où l'acte est passé, soit, en cas d'offres réelles, qu'il n'y aura pas à colporter des fonds dans un lieu plus ou moins éloigné où le créancier peut être domicilié. Il eût été raisonnable et juste, dans le cas particulier, de n'y pas voir autre chose.

Après ce premier fait, vient la détention des pièces par le notaire. Ceci assurément est moins démonstratif encore dans le sens de la convention dont l'existence était à prouver. Chacun sait que les pièces ne sont remises par le notaire qu'autant que les frais en sont payés, en sorte que la seule induction à tirer de la détention des pièces, c'est le non-paiement des frais; et nous ne saurions voir ce qu'il y a de logique à rattacher à ce fait la preuve d'un mandat quelconque, et spécialement du mandat de prendre inscription dans le délai de soixante jours.

Viennent enfin le fait, par le notaire, d'avoir produit les titres dans la faillite du colicitant adjudicataire, et celui d'avoir pris inscription deux ans après l'adjudication. La Cour de Paris, et après elle la Cour de cassation, ont vu dans ces deux faits, et notamment dans le second, une exécution du mandat, et con-



séqueusement la preuve de l'existence de ce mandat. Mais il y a là confusion de temps.

Sans doute la production des titres et l'inscription ont pu être considérées comme l'exécution d'un mandat; seulement elles étaient l'exécution d'un mandat donné en vue de ces faits mêmes, et au moment où ils s'accomplissaient; il n'y avait aucune raison d'en induire que le mandat remontait à deux années en arrière, et se rapportait à une époque où le délai de soixante jours accordé aux colicitants pour l'inscription de leur privilège n'était pas encore expiré. Telle était, dans l'espèce, la déclaration du notaire.

La Cour de cassation rejette cette déclaration en disant qu'elle repose sur une allégation non justifiée!

Mais d'abord, il faudrait montrer comment la justification aurait pu être à la disposition du notaire. Si nous supposons par exemple que le notaire, pénétré de la nécessité d'inscrire le privilège des colicitants, et se disposant à le faire, a rencontré la résistance des colicitants qui, pour ménager le crédit de leur frère ou de leur fils adjudicataire, ont refusé de prendre l'inscription, nous demandons quel est le moyen que le notaire aurait eu pour établir et son insistance et le refus qui lui aurait été opposé; nous demandons dès lors si, dans une pareille situation, il n'était pas plus rationnel de prendre la déclaration du notaire dans son ensemble et comme indivisible, que de la scinder pour la tourner contre lui.

Et puis, d'ailleurs, est-ce que la justification ne résultait pas ici de la force même des choses? Quant à la production des titres, il est évident qu'elle n'avait pu être faite par le notaire qu'en vertu d'un mandat spécial donné au moment même de la faillite du colicitant adjudicataire, et qu'avant l'ouverture de la faillite, le mandat eût été sans prétexte comme sans objet. Et quant à l'inscription, l'allégation du notaire que le mandat de la prendre n'avait pas été donné à l'époque de l'adjudication, se justifiait par l'usage, déjà rappelé, où sont les colicitants, dans la campagne, d'éviter les frais d'une inscription, usage à peu près invariable et tellement établi, que le notaire rural ne voudrait pas se risquer à requérir l'inscription de son propre mouvement, par la crainte non-seulement de s'exposer aux reproches du client, mais encore de supporter les frais de l'inscription. Sans doute on ne se rend pas compte de cet usage à

Paris, où les habitudes sont absolument contraires; voilà pourquoi ni la Cour d'appel ni la Cour de cassation n'en ont été frappées dans l'espèce: mais les tribunaux d'arrondissement, qui vivent au milieu de cet usage et qui en voient chaque jour les effets se produire sous leurs yeux, ne sauraient s'y tromper; c'est pour cela que le tribunal de première instance, dans l'espèce, n'avait pas hésité à reconnaître qu'une inscription prise en 1852 ne prouvait rien quant à la date de 1850, et que si l'inscription n'avait pas été faite à cette dernière époque, c'est que le mandat de la prendre n'avait été donné que deux ans plus tard, sous l'influence d'événements qui, en révélant la position embarrassée du colicitant adjudicataire, donnaient à cette inscription un caractère d'utilité qu'elle n'avait pas eu jusque-là.

Les faits de la cause ne justifient donc et n'expliquent en aucune manière la faveur dont a joui, devant la Cour suprême, l'arrêt de la Cour de Paris, du 13 juin 1854, dans la partie relative au *mandat conventionnel* dont cet arrêt déclare l'existence. Il n'y avait, dans l'espèce, aucun motif de s'écarter des principes selon lesquels un tel mandat, lorsqu'il est verbal, ne peut être établi que conformément aux règles sur la preuve des contrats ou des obligations conventionnelles en général, principe proclamé si souvent et si fermement par la Cour de cassation elle-même, qu'il est permis de ne pas considérer son dernier arrêt du 14 février 1855 comme le point de départ d'une jurisprudence nouvelle.

Que s'il en était autrement, d'ailleurs, les notaires éviteraient aisément les rigueurs de cette jurisprudence. Une réserve constante y suffirait. Ainsi les élections de domicile, les stipulations de paiement, etc., sont envisagées comme susceptibles de prouver l'existence d'un mandat; les notaires n'auraient qu'à s'abstenir de les insérer dans leurs actes toutes les fois que les circonstances leur permettraient de s'en abstenir. L'expérience, nous le prévoyons, ne tarderait pas à démontrer les inconvénients de cette réserve, car les stipulations dont il s'agit présentent, pour les parties, des avantages nombreux et inappréciables. Néanmoins les notaires ne manqueraient pas de s'y maintenir jusqu'à ce que la jurisprudence fût amenée, par ces inconvénients mêmes, à ne donner à de pareilles stipulations que leur valeur et leur signification réelles. De même pour les formalités qui sont la conséquence des actes notariés, lorsque

les parties, suivant l'usage dont nous parlions tout à l'heure, voudront s'en abstenir, les notaires trouveront un moyen de le constater dans l'acte, de manière que ni l'acte en lui-même ni les faits ultérieurs n'engagent jamais leur responsabilité : ils diront, par exemple, que les parties conviennent d'ajourner la formalité, bien qu'il leur ait été donné connaissance de la loi qui l'ordonne. C'est par ces mesures ou par des mesures analogues que les notaires échapperaient, quoi qu'il arrive, aux dangers d'une jurisprudence qui permettrait désormais d'établir l'existence d'un *mandat conventionnel* par la preuve indirecte résultant des simples présomptions.

Mais rien ne saurait les défendre contre les dangers de cette autre théorie du *mandat légal* à l'aide de laquelle les questions de responsabilité ont reçu trop souvent, devant la Cour de Paris, une solution contraire aux principes et funeste pour le notariat. Nous sommes ainsi ramené au système que la Cour de Paris pose en tête de son dernier arrêt.

La doctrine de la Cour de Paris, sa doctrine principale (celle qui vient d'être appréciée n'est que subsidiaire dans l'arrêt), consiste à voir dans le notaire un mandataire obligé, un mandataire légal de la partie pour tout ce qui, de près ou de loin, se rattache à l'acte qu'il reçoit. La Cour dit en conséquence que le notaire, dans l'exercice de ses fonctions, n'est pas seulement notaire, qu'il est encore conseil des parties qui recourent à son ministère, et qu'à ce titre il est chargé d'assurer, sous sa responsabilité personnelle, l'efficacité de ses actes.

Et ce n'est pas accidentellement que cette théorie se produit dans l'arrêt du 13 juin 1854. On la retrouve systématiquement formulée dans une longue suite de décisions <sup>1</sup>, dont la dernière est en quelque sorte le couronnement.

Une seule fois, le 26 juin 1852 <sup>2</sup>, la demande en responsabilité formée contre un notaire à raison de négligences relatives à la purge des hypothèques, a été écartée par la Cour de Paris. Mais il ne faudrait pas voir là un retour de jurisprudence. En effet, dans tous les précédents par elle établis, la Cour a dit que le notaire est d'autant plus tenu que la partie est plus inexpéri-

<sup>1</sup> V. les arrêts des 21 mai 1851, 27 août 1852, 22 juin 1854, 14 janvier 1854. *J. des Not.*, 1851, p. 467, art. 9229; 1852, p. 241, art. 14794; 1853, p. 388, art. 14998; 1854, art. 15135.

<sup>2</sup> V. *ibid.*, 1852, p. 124, art. 14748.

mentée ; or l'arrêt du 26 juin 1852 suit encore cette idée, et s'il exonère le notaire, c'est uniquement parce que la partie « avait l'habitude des affaires et les traitait personnellement. »

A vrai dire, cette doctrine est loin d'être dominante. Les autres Cours en général, et à leur tête la Cour de cassation elle-même, ont dit et elles disent encore que c'est seulement lorsqu'ils sont spécialement chargés des suites de l'opération, et quand ils ont reçu et accepté mandat de s'en occuper, que les notaires sont tenus de veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires pour la conservation des droits des parties ; qu'en dehors de ce mandat conventionnel et spécial, les notaires n'ont d'autre obligation que celle de recevoir, dans les conditions et suivant les formes déterminées par la loi de leur institution, tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère authentique, et que là doivent se borner leur mission et la responsabilité qui en peut résulter<sup>1</sup>.

Néanmoins, les décisions de la Cour de Paris sont d'un si grand poids, et la persistance avec laquelle cette Cour maintient sa doctrine, dans le cas particulier, ajoute tant à l'autorité de ses arrêts ; d'un autre côté, des cas si nombreux de responsabilité peuvent être tirés, indépendamment de celui dont il s'agit ici, de la théorie si flexible du mandat légal, qu'il y a un véritable intérêt à étudier ce qu'a été la responsabilité notariale, ce qu'elle est encore, et à voir dans quelles limites elle doit être renfermée.

Ce qu'elle fut, cette responsabilité, avant l'état actuel des choses, il serait malaisé de le dire, si l'on en voulait rechercher le principe dans une loi générale de l'ancien droit ; car on ne trouve pas de loi dans laquelle ce principe ait été posé. Mais à défaut de loi générale, il y avait soit des coutumes particulières, soit des édits, soit des arrêts de règlement qui prescrivaient certaines formalités aux notaires pour la rédaction de leurs actes, et attachaient la peine des dommages-intérêts à l'inobservation de ces formalités. De ce nombre, les coutumes

<sup>1</sup> V. C. de cass., 2 juin et 4 juillet 1847, 30 juin 1852, 10 janvier 1854 ; — Bordeaux, 26 mars 1844 ; — Rouen, 16 novembre 1846 et 24 novembre 1852 ; — Dijon, 8 décembre 1846 ; — Riom, 7 décembre 1848 ; — Poitiers, 22 juillet 1851 ; — Lyon, 13 août 1852. *J. des Not.*, art. 7707, 8090, 8875, 14567, 14720, 14795, 14917. V. encore Devill., 54, 1, 135.

qui exigeaient l'indication, dans l'acte, du lieu où il était fait <sup>1</sup>, et celles qui défendaient au notaire de passer contrat hors de son ressort <sup>2</sup>; de ce nombre encore l'édit relatif à la garde des minutes <sup>3</sup>; de ce nombre enfin les arrêts de règlement qui faisaient défense aux notaires d'instrumenter pour leurs parents <sup>4</sup>, ceux qui exigeaient le concours ou la présence d'un second notaire ou de témoins, et défendaient de passer contrat sans lecture et de faire signer les témoins hors la présence des parties <sup>5</sup>, ceux qui ne permettaient pas à deux notaires parents de recevoir ensemble des actes <sup>6</sup>, ceux qui enjoignaient aux notaires d'exiger la signature des contractants <sup>7</sup>, ceux qui portaient défense au notaire de recevoir des actes, ni d'y rien ajouter, sinon en la présence des parties <sup>8</sup>.

L'infraction à ces prescriptions entraînait, d'après le texte même, la peine des dommages-intérêts contre les notaires; et comme les tendances avérées de l'époque sont de restreindre la responsabilité notariale, on ne l'applique pas au delà, si ce n'est au cas de dol de la part du notaire, ce qui est, non pas une extension, mais une application du principe que le dol fait exception à toutes les règles. Quelques auteurs étendent encore la responsabilité au cas de *faute lourde*, parce qu'à raison de sa gravité la faute lourde équivaut au dol <sup>9</sup>; mais ils ajoutent, ou du moins Ferrière, l'un d'eux ajoute qu'il faut, dans ce cas, que les circonstances soient bien aggravantes; « car, dit-il, la Cour favorise ordinairement la cause des notaires. » Du reste, on ne va pas plus loin; et quand la question s'élève de savoir si le notaire est responsable des nullités de ses actes, même de celles résultant de sa négligence, de son impéritie ou de son ignorance, tous les arrêts et tous les auteurs, y compris Denisart, dont on sait le peu de sympathie pour les notaires, décident

<sup>1</sup> Cout. de Bourbonnais, art. 76, et de la Marche, art. 39.

<sup>2</sup> Notamment cout. de Poitou, art. 378.

<sup>3</sup> Édit du 1<sup>er</sup> décembre 1437.

<sup>4</sup> Août 1607, 14 janvier 1621, 8 juin 1637, 25 février 1647, 3 octobre 1703.

<sup>5</sup> 4 décembre 1703, 13 sept. 1713, 9 mars 1730, 21 mars 1782, août 1785.

<sup>6</sup> Août 1697.

<sup>7</sup> 4 septembre 1685.

<sup>8</sup> V. notamment, dans le registre des bannières du Châtelet, l'arrêt de règlement du 19 août 1551.

<sup>9</sup> Ferrière, *Parfait notaire*, liv. I, ch. 17.—Guyot, *Rép. de jurispr.*, v<sup>o</sup> Notaire, sect. 8, p. 216.

que, sauf le cas d'infraction aux prescriptions faites à peine de dommages-intérêts, le notaire n'est pas garant des nullités par lui commises *si dolus absit* <sup>1</sup>.

Tel était, par rapport à la responsabilité notariale, l'état des choses sous le régime ancien. De cette époque à l'époque actuelle, l'intervalle est rempli par diverses lois, parmi lesquelles figure la loi générale du 6 octobre 1791 sur la nouvelle organisation du notariat. Cette loi ne pose pas non plus le principe de la responsabilité, mais elle le regarde comme admis, puisqu'elle soumet chaque notaire à l'obligation de déposer, *à titre de garantie des faits de ses fonctions, un fonds de responsabilité en deniers* <sup>2</sup>. La loi se réfère donc, par son silence même, aux termes dans lesquels la responsabilité était appliquée dans l'ordre de choses qu'elle remplace. Et du reste, elle trouve son commentaire en ce sens dans l'Exposé des motifs fait à l'Assemblée constituante, le 15 septembre 1791, par M. Frochot. D'une part l'orateur y dit « que les fonctions des notaires publics diffèrent peu de celles des notaires dans l'ancien ordre de choses, parce que cette partie était bien ordonnée, » et par là est accusée l'intention de ne pas innover. D'une autre part, arrivant aux conditions spéciales de la responsabilité, l'orateur expose « que les notaires sont comptables de la vérité des actes qu'ils souscrivent; qu'ils sont les conservateurs des traités les plus précieux aux familles, les dépositaires de tous leurs intérêts; que, sous cet aspect, la responsabilité de ces officiers est inappréciable, si l'on veut calculer la masse des chances sur la possibilité des erreurs ou des négligences graves, souvent aussi préjudiciables que la mauvaise foi; » et par là la responsabilité est indiquée comme devant s'appliquer d'abord à l'erreur ou à la négligence grave dans les formes de l'authenticité, ensuite à la perte des minutes comme manquement à l'obligation que les notaires contractent de les conserver, et enfin au dol, tous cas de responsabilité dans lesquels se résument ceux

<sup>1</sup> Rousseau de la Combe, v° *Notaire*, n° 12, et v° *Impéritie*. — Denisart, v° *Nullité*, n° 32 et 33. — Ferrière, *Dict. de pratique*, v° *Notaire*. — Bretonnier sur Henrys, liv. II, ch. 4, quest. 27 (t. I, p. 369). — Louet, lettre N, n° 3. — Jousse, *Justice civile*, t. II, p. 404. — Delaville, *Dict. des arrêts*, 21 janvier, 1605. — Bruneau, *Tr. des criées*, part. II, p. 450. — Brodeau sur Louet, *loc. cit.*

<sup>2</sup> L. du 6 octobre 1791, tit. 1, sect. 2, art. 16 et 17.

qui étaient établis, sous l'ancien droit, soit par des textes spéciaux, soit par la théorie des arrêts et des auteurs. — Ainsi les choses, en ce qui concerne la responsabilité notariale, restent, sous l'empire de la loi du 6 octobre 1791, exactement ce qu'elles avaient été dans l'ancien droit.

Faisons un pas de plus, et voyons ce qu'elles sont devenues après la loi du 25 ventôse an XI et par l'effet de cette loi, qui régit encore le notariat.

Ici nous trouvons bien un article qui pose le principe de la responsabilité : c'est l'article 68, d'après lequel « tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20 et 52<sup>1</sup> est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties ; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée ; *sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant.* » Ainsi le notaire n'instrumentera pas hors de son ressort (art. 6) ; il ne recevra pas des actes dans lesquels ses parents au degré prohibé seraient parties, ou qui contiendraient quelques dispositions en sa faveur (art. 8) ; il n'instrumentera pas sans appeler des témoins ou un second notaire (art. 9) ; il ne concourra pas à un même avec un autre notaire son parent, et n'acceptera pour témoins ni des parents ou des alliés au degré prohibé, ni des parents des parties, ni ses clercs ou ses serviteurs (art. 10) ; il ne recevra pas un acte sans le signer, sans le faire signer par les parties et les témoins, et sans faire mention de la signature à la fin de l'acte (art. 14) ; il gardera minute de tous les actes qu'il recevra, sauf les exceptions déterminées par la loi (art. 20) ; il n'instrumentera pas après suspension, destitution ou remplacement dans ses fonctions (art. 52). Toute infraction, outre qu'elle aura pour effet d'annuler l'acte et tout au moins de lui faire perdre le caractère de l'authenticité, exposera, s'il y a lieu, le notaire contrevenant à des dommages-intérêts envers les parties. Voilà ce qui résulte de l'article 68 combiné avec les autres articles auxquels il se réfère.

Mais de ce que l'article a posé le principe de la responsabi-

<sup>1</sup> Nous ne parlons pas des articles 64, 65 et 67, auxquels l'article 68 renvoie également, parce que ces articles contiennent des dispositions transitoires qui avaient leur importance en l'an XI, mais qui aujourd'hui sont devenues sans objet.

lité, en résulte-t-il que le champ soit ouvert aujourd'hui aux applications plus qu'il ne l'a été autrefois? Telle est la question; et cette question, on peut le dire, le texte seul suffirait à la résoudre sans équivoque.

D'abord ce texte procède non point par une formule générale, mais par voie d'énumération. Or le propre des énumérations, habituellement, c'est d'être restrictives; on s'abstient en général d'y faire rentrer ce qui n'y est pas nommément compris; et si cette règle peut admettre des exceptions, il est certain du moins qu'elle n'en comporte aucune lorsque l'énumération, comme celle dont il s'agit ici, est faite en vue d'un peine à appliquer, puisque, en principe, toute disposition pénale est essentiellement de droit étroit.

Ensuite, l'énumération ici est très-significative. Elle consiste à faire passer dans la loi nouvelle précisément le cas de responsabilité que l'ancien droit avait relevés dans les coutumes, les édits, les arrêts de règlement ci-dessus rappelés. Et qu'est-ce à dire si ce n'est que le législateur nouveau a voulu recueillir la tradition, et que, préoccupé de besoins qui sont de tous les temps, il a pensé que ce qui avait suffi aux exigences du passé suffirait aux exigences de l'avenir?...

Et cette appréciation que le texte à lui seul justifie, la discussion de la loi la confirme pleinement.

L'article 68 n'avait parlé des dommages-intérêts dans aucune des quatre rédactions successives dont il avait été l'objet, jusqu'à la communication qui fut faite du projet au Tribunal; on s'en était tenu à déclarer qu'à défaut de formalités déterminées, l'acte reçu par le notaire serait ou nul ou réduit à la condition d'un simple acte sous seing privé. Ce fut le Tribunal qui proposa de terminer l'article par une disposition additionnelle dont l'utilité, disait-il, était reconnue évidente; et la disposition proposée était ainsi conçue: « Sauf, dans tous les cas, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. » Certes si la proposition eût été admise en ces termes, il n'y aurait pas beaucoup à redire contre les applications que pourrait recevoir le principe de la responsabilité notariale; car rien n'est plus large, plus général, plus absolu que la proposition formulée par le Tribunal. Mais précisément la proposition se trouve modifiée dans la rédaction arrêtée par le Conseil d'État, et qui est devenue la rédaction définitive; le Conseil d'État a voulu limiter le principe,



et il l'a limité, en effet, à un double point de vue, d'une part, en ce qu'il a dit que les dommages-intérêts ne seront prononcés que *s'il y a lieu*, ce qui ouvre aux juges le droit, qu'ils paraissent n'avoir pas eu jusque-là, d'apprécier même en présence d'une contravention commise; et d'une autre part, en ce qu'il a dit que les dommages-intérêts seront prononcés seulement *dans les deux cas* que l'article 68 signale comme devant se vérifier par suite de l'infraction aux règles qu'il impose au notaire pour la rédaction de ses actes, ce qui rattache limitativement la responsabilité aux cas prévus par cet article.

Jusque-là, la pensée restrictive dans laquelle la loi a été conçue est claire, ce nous semble. Mais les autres éléments de la discussion la rendent plus claire encore. Ainsi, en parlant du cautionnement dont l'objet unique, on l'a vu plus haut, avait été de garantir les faits de fonction des notaires, M. Réal, dans son exposé des motifs, reproduit le passage ci-dessus transcrit du discours de M. Frochot, et il ajoute « que le Gouvernement adopte les motifs de la Constituante. » Or, ces motifs, on l'a vu également, furent de maintenir la responsabilité notariale précisément dans les termes et dans les cas où elle avait été établie par l'ancienne législation, en avisant d'ailleurs au moyen de faire que cette responsabilité ne fût pas illusoire; et ce moyen, c'était le cautionnement qui entraînait pour la première fois, en 1791, dans la législation sous la dénomination de *fonds de responsabilité*. M. Réal, du reste, ne s'en tient pas là; il revient à la question de responsabilité à l'occasion de l'article 68 de la loi de ventôse, et là il rattache expressément cet article *aux anciens principes*. « L'article 68, dit-il, prononce *d'après les anciens principes*.... » Donc, aux yeux de M. Réal, il n'est pas douteux que le notaire n'est responsable; en sa qualité de notaire, que dans les cas même où sa responsabilité se trouvait engagée par l'ancien droit.

M. Favard, rapporteur au Tribunat, exprime la même pensée. « J'arrive, dit-il, aux dispositions qui ont pour objet de régler les cas de nullité (les dispositions de l'art. 68)... S'il est des cas où l'omission des formalités doit entraîner la nullité radicale des actes, il en est d'autres aussi qui méritent de justes exceptions.... Si les parties ont signé les actes, alors ils vaudront comme actes sous signature privée.... Par cette sage disposition, les parties ne se trouveront pas entièrement frustrées

de leurs droits par l'effet d'une omission, d'une erreur ou d'une faute qui n'est pas leur fait. Elles ne perdent que l'avantage d'avoir un acte notarié.... *Elles ont, en outre, leur recours contre le notaire en défaut, et peuvent obtenir contre lui tous les dommages-intérêts que leur position et les circonstances exigent.* » Évidemment le recours dont parle le tribun est limité par le sujet même dont il traite, et quoi qu'on fasse, l'interprétation ne peut faire rentrer dans la pensée du Tribun autre chose que le recours auquel peuvent donner lieu *les cas de nullité* qu'ont en vue les dispositions qu'il commente.

Enfin, au Corps législatif, M. Jaubert est plus explicite encore dans ce sens. Il résume le système d'après lequel est organisée la surveillance des tribunaux eu égard aux points réglementés par la loi de ventôse, et il dit : « Le projet classe de la manière la plus claire les divers effets que devront produire les contraventions, soit à l'égard de la société, soit envers les tiers lésés. Ainsi, *on voit dans quels cas les parties PEUVENT obtenir des dommages-intérêts*, dans quels cas aussi il peut y avoir lieu à amende, à suspension, à destitution. Une sage graduation est établie pour ces diverses *peines*<sup>1</sup>. » Or, soit qu'on prenne la lettre, soit qu'on prenne l'esprit de cette observation, la pensée restrictive en est on ne peut plus évidente : la *lettre*, puisque montrer les cas où les parties *peuvent* obtenir des dommages-intérêts, ces cas qui, on le sait maintenant, sont les mêmes précisément que ceux de l'ancienne jurisprudence, c'est dire que dans tous autres cas les parties n'en peuvent pas obtenir ; l'*esprit*, puisque mettre les dommages-intérêts au rang des peines comme l'amende, la suspension, la destitution, c'est dire que, pas plus que la destitution, la suspension et l'amende, les dommages-intérêts ne peuvent pas être étendus des cas prévus aux cas non prévus.

Tels sont les éléments de la discussion sur le point qui nous occupe, et ces éléments, comme le texte même de l'article 68 de la loi de ventôse, établissent que la responsabilité notariale est restée, après cette loi, ce qu'elle était avant ; qu'elle est restreinte encore aujourd'hui à certains cas déterminés, et que ces cas, qui sont d'ailleurs les mêmes que ceux de l'ancien droit, sont exclusifs de tous autres.

<sup>1</sup> V., pour ces divers documents, le *Nouveau Répertoire* de MM. Dalloz, v° *Notaire*, t. XXXII, p. 580 et suiv., n° 11, 20, 40 et 51.

Que devient, en présence de cette démonstration, la théorie du mandat légal mise en avant par la Cour de Paris, cette théorie absolue d'où la Cour de Paris fait sortir la responsabilité des notaires d'une manière absolue aussi, non-seulement à raison des faits de leurs fonctions, mais encore pour des faits étrangers à leurs fonctions? Elle est condamnée *à priori* comme étendant au delà de ses limites un principe dont la loi a voulu régler et déterminer les applications.

Et puis, si cette théorie est envisagée en elle-même, si elle est prise dans ce qu'elle a d'absolu, on voit combien elle fausse l'esprit général de la loi fondamentale sur le notariat. Où donc et dans quel texte de cette loi voit-on que le client soit tellement identifié à son notaire que celui-ci doive agir toujours pour le premier et en son nom, soit dans la rédaction même de la convention qu'il constate, soit dans les faits qui sont la conséquence plus ou moins éloignée de cette convention? Assurément la loi actuelle, comme les lois du passé d'ailleurs, n'a pas fait au notaire cette position qui serait si compromettante si elle était possible. A l'exemple des précédents législatifs dont elle a pris la place, elle a distingué, et il faut distinguer avec elle, par rapport aux actes du notaire, l'acte en lui-même ou ce qui tient à ses conditions intrinsèques, et ce qui en peut être la conséquence, ou ce qui tient à ses conditions extrinsèques.

S'agit-il de l'acte en lui-même, la loi suppose, si l'on veut, que le notaire est mandataire légal de la partie, et on peut l'admettre : car alors le notaire est dans l'exercice même des fonctions pour lesquelles il est institué, il agit en sa qualité de notaire, il est rédacteur de l'acte, et à cause de cela, il devient, au point de vue de la rédaction même, le conseil légal de son client : c'est en ce sens que s'exprime l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 25 ventôse an XI; c'est en ce sens, et avec cette limitation, que M. Réal, en définissant l'institution du notariat dans son *Exposé des motifs*, a dit du *Notaire rédacteur* qu'il est le *Conseil des parties*<sup>1</sup>.

Mais c'est tout autre chose lorsqu'il s'agit des suites de l'acte et en particulier des formalités propres à assurer l'efficacité des conventions qui y sont contenues : ici, quoi qu'il fasse et quoi qu'il conseille, le notaire cesse d'être notaire, car rien de ceci

<sup>1</sup> V. le *Nouv. Rép.* de MM. Dalloz, *loc. cit.*, p. 578, n° 1.

ne rentre dans ses attributions telles qu'elles sont définies et déterminées par la loi de ventôse; car il s'agit de choses indépendantes de l'acte pris en lui-même, de choses pour lesquelles la partie doit faire appel surtout à sa propre vigilance et aviser par elle-même à la conservation de ses droits, à la protection de ses intérêts. « Un homme qui traite avec un autre homme, a dit Portalis avec une justesse parfaite, doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre des informations convenables et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi n'est pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison <sup>1</sup>. » Quelle raison y a-t-il de croire que la loi a voulu imposer au notaire, dans des choses absolument étrangères à ses fonctions, une tutelle dont elle décline la charge pour elle-même?...

Si donc on accepte la théorie du mandat légal, c'est dans la mesure et suivant la distinction qui viennent d'être indiquées, et c'est aussi dans la même mesure et d'après la même distinction que la responsabilité notariale doit être appliquée.

Ainsi, le notaire agit-il en sa qualité de notaire, comme rédacteur des conventions des parties, il est responsable dans les termes de l'article 68 de la loi de ventôse, *s'il y a lieu*; et, si l'on écarte le cas où les vices dont l'acte serait entaché s'expliqueraient par les incertitudes ou les controverses que présente le fond même du droit et d'autres cas analogues <sup>2</sup>, il est permis de dire que la responsabilité du notaire est engagée sans aucune réserve autre que celle que comporte le droit d'appréciation accordé aux juges par l'article 68. Celle que la Cour de Paris induit de la condition de la partie, de son aptitude plus ou moins grande, n'a pas de base dans la loi. Sans doute, le notaire doit apporter d'autant plus de soin et de vigilance aux affaires qui lui sont confiées que la partie est moins capable de les conduire elle-même; c'est là une obligation morale à laquelle assurément aucun notaire ne voudrait faillir; mais ce n'est qu'une obligation morale. La loi ne l'a imposée nulle part. Elle a statué d'une manière générale quand elle a imprimé la sanction de la responsabilité pour certaines fautes qu'elle pré-

<sup>1</sup> Discours préliminaire au Code Napoléon. V. Fenet, t. I, p. 514.

<sup>2</sup> V. C. de cass., 22 décembre 1840. V. aussi Metz, 30 avril 1833; — Lyon, 23 août 1841; — Bordeaux, 4 mars 1843 et 9 décembre 1847; — Douai, 28 juin 1843; — Limoges, 21 mars 1846. — V. cependant Rouen, 21 janvier 1841.

voit et qu'elle détermine ; et elle ne s'est préoccupée en aucune façon du point de savoir si les parties qui ont pu souffrir de ces fautes, lorsqu'elles ont été commises, étaient plus ou moins lettrées, si elles avaient plus ou moins l'intelligence des affaires, l'aptitude à les diriger. La loi n'aurait même pas pu procéder autrement sans manquer à l'une de ses conditions essentielles qui est la précision, et par cela même sans livrer les parties à un arbitraire sans contrôle possible. Car enfin, si la responsabilité notariale était subordonnée ou mesurée à l'intelligence des clients, où donc serait la règle d'appréciation? A quel signe reconnaîtrait-on que celui-ci a une intelligence suffisante des affaires, que celui-là ne les connaît pas assez? Quel serait, en un mot, le niveau auquel les connaissances devraient s'élever pour que le notaire dût être déchargé de toute responsabilité?

Mais si le notaire n'intervient pas en sa qualité de notaire, s'il s'agit des suites de l'acte, de ses conséquences plus ou moins éloignées, le notaire alors, s'il conseille, agit comme toute autre personne de qui le conseil pourrait également émaner, et la responsabilité notariale serait sans cause comme sans prétexte. Il y a même dans la loi des raisons puissantes d'écarter cette responsabilité, car la loi défend au notaire de recevoir des actes dans lesquels il serait personnellement intéressé (L. 25 vent. an XI, art. 8) ; elle lui défend encore de se constituer garant ou caution, à quelque titre que ce soit, des conventions arrêtées avec son concours (Ord. 4 janv. 1843, art. 12-6°). Or ériger la responsabilité notariale en principe absolu, la faire sortir de ce prétendu mandat légal qui rattacherait le client à son notaire pour tout ce qui, de près ou de loin, touche aux actes du ministère de ce dernier, c'est, au fond et indirectement, rendre les notaire parties dans tous leurs actes, c'est les constituer garants ou cautions de tous les mécomptes de leurs clients. Ceci, du reste, est plus qu'un raisonnement. L'intérêt personnel a une logique qui lui est propre, et il est ingénieux à déduire des conséquences favorables d'un principe donné. Aussi tel prêteur, interprétant à sa manière la jurisprudence de la Cour de Paris, s'en est venu dire à son notaire : « Mes intérêts me sont dus ; vous êtes garant et responsable ; payez-moi ! » Tel autre a dit : « Mon capital est exigible et je n'en suis pas encore payé ; vous êtes garant et responsable ; poursuivez le remboursement à vos risques et périls ! » Tel autre pourrait dire : « Voici une diffi-

culté, un procès qui surgit sur tel acte que vous avez reçu ; vous êtes garant et responsable ; défendez-vous ! » Nous ne voudrions pas dire que la Cour de Paris irait jusqu'à sanctionner ces raisonnements d'une logique outrée. Mais sa jurisprudence est bien faite pour les inspirer, et de tous les torts qu'on peut lui reprocher, celui-ci n'est pas le moins grave.

La théorie de la Cour de Paris n'a donc pas de base dans la loi de ventôse dont elle fausse la pensée.

En trouve-t-elle une du moins dans d'autres textes et notamment dans la disposition générale de l'article 1382 du Code Napoléon ? La Cour de Paris n'a jamais invoqué cet article, et on ne pourrait pas l'invoquer.

Car, de deux choses l'une, ou le notaire est placé dans l'exercice de ses fonctions de notaire, dans les termes de la distinction ci-dessus indiquée, ou on le suppose en dehors de ses fonctions, dans les termes de la même distinction.

Dans le premier cas, l'article 1382 du Code Napoléon ne saurait régler la responsabilité du notaire, non-seulement parce que la responsabilité dérive ici du mandat légal dont le notaire est investi, ce qui n'est pas le cas de l'article 1382 qui suppose un de ces devoirs généraux existant au profit de toutes personnes et fait résulter la responsabilité de la violation de ce devoir ; mais encore parce que la responsabilité notariale est réglée, dans ce cas, par l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI. Or l'article 1382 du Code Napoléon, quoique postérieur à l'art. 68 de la loi de ventôse, n'a pas dérogé à ce dernier article. La Cour de cassation le décide positivement par un arrêt du 27 novembre 1837, où elle exprime « qu'il résulte de l'article 68 de la loi de ventôse que les notaires ne sont pas de plein droit, et d'une manière absolue, responsables des nullités ayant pour cause les omissions ou irrégularités qu'ils commettent lors de la rédaction de leurs actes ; que cet article ne les assujettit à des dommages-intérêts que *s'il y a lieu* ; d'où il suit que la déclaration de nullité n'entraîne pas *nécessairement* la responsabilité du notaire qui a fait cette nullité ; que les articles 1382 et 1383 du Code Napoléon n'ont point abrogé le droit spécial relatif au notariat, et n'obligent pas les juges à rendre les notaires responsables, dans tous les cas, de la nullité de leurs actes <sup>1</sup>.... »

<sup>1</sup> V. *Journal des Not.*, art. 3899 ; — Sirey-Devill., 37, 1, 945 ; — Dalloz.

Dans le deuxième cas, l'article 1382 est moins applicable encore ; car cet article suppose un *fait* qui puisse être imputé à faute à la personne contre laquelle est dirigée la demande en dommages-intérêts. « *Tout fait* quelconque de l'homme, dit-il, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Or, dans ce cas, où nous supposons une personne revêtue de la qualité de notaire mais n'agissant pas en cette qualité, il ne s'agit pas d'un fait : ou c'est un conseil que le notaire s'est abstenu de donner, ou c'est un conseil qu'il a donné et qui a mal tourné. Mais comment l'article 1382 pourrait-il trouver place dans cette situation ? Comment cet article pourrait-il être, soit dans l'un, soit dans l'autre cas que l'on suppose, la base d'une action en dommages-intérêts ? Disons, de plus qu'on ne concevrait pas de disposition sur laquelle une pareille action pût être assise.

En effet, d'un côté si un notaire, pouvant donner un conseil dans des affaires qui ne rentrent pas dans ses attributions de notaire, s'est refusé à le donner, en quoi pourrait-il être recherché ? Ce conseil, il ne le devait pas ; on ne peut donc pas lui reprocher sa réserve.

D'un autre côté, s'il a conseillé, c'est à titre purement officieux, puisque de fait il n'était pas dans l'exercice de ses fonctions ; et dès lors, le conseil qu'il a donné n'engage pas autrement sa responsabilité qu'il n'engagerait celle de toute autre personne de qui, aussi bien que d'un notaire, ce conseil aurait pu émaner. Or, on le sait, le conseil ne peut pas être retourné d'une manière absolue contre celui qui l'a donné ; le conseil n'oblige, au point de vue de la responsabilité, qu'autant qu'il est frauduleux. C'est la théorie de Domat, toute-puissante encore aujourd'hui. On distingue encore avec lui les procurations, mandements et commissions où l'on donne une charge expresse avec dessein de former une convention qui oblige, et les manières d'engager par un conseil, par une recommandation ou par d'autres voies qui laissent la liberté entière de faire ou de ne pas faire ce qui est conseillé ou ce qui est recommandé ; et avec lui encore on admet que dans ce dernier cas il ne se forme pas d'engagement ; que celui qui suit un conseil ou qui accorde quelque chose

37, 1, 465 ; — *J. du Pal.*, 1837, 2, 489. — V. aussi MM. Zachariæ, t. II, p. 318, note 17 ; — Marcadé, sur l'article 1382, n° 3 ; — Vergé, *De la resp. des notaires*, n° 2 et suiv. ; — Sourdat, *Tr. de la resp. civ.*, t. II, n° 652 et 653.

à une recommandation ne s'attend pas qu'on lui réponde de l'événement ; mais *que s'il y a du dol de la part de celui qui conseille ou qui recommande, ou s'il engage à quelque perte qu'on puisse lui imputer, il en répond*<sup>1</sup>. Il n'y a pas de raison assurément pour que le bénéfice de cette théorie soit refusé au notaire, du moins pour les *conseils* qu'il donne, non point comme *rédacteur* des actes par lui reçus, mais *officieusement*, en dehors de ces actes, et par exemple en vue des conséquences qui peuvent s'y rattacher ou des formalités qui en doivent assurer l'efficacité. Et en effet, cette théorie est journalièrement appliquée au notaire ; car on voit la jurisprudence consacrer ici l'irresponsabilité du notaire pour le conseil qu'il a donné de bonne foi<sup>2</sup>, tandis que là on la voit faire peser la responsabilité sur le notaire même à raison d'un simple conseil, soit que ce conseil ait été la cause d'un préjudice imputable<sup>3</sup>, soit qu'il ait été donné de mauvaise foi ou par une faute lourde<sup>4</sup>.

Ainsi il n'y a pas, en droit, de principe sur lequel puisse être assise cette théorie du mandat légal proclamée par la Cour de Paris en thèse absolue ; il ne faut pas s'étonner alors si, dans le détail, les applications du principe blessent la vérité juridique.

Par exemple, revenons à l'espèce jugée par l'arrêt qui fait l'objet de cet examen : que voyons-nous ? Un notaire déclaré responsable parce que, après avoir procédé à une adjudication par licitation entre cohéritiers, il n'a pas fait l'inscription du privilège des colicitants dans le délai voulu pour la conservation de ce privilège. Et cependant l'article 2109 C. Nap., qui fixe le délai, dit expressément que l'inscription est faite *à la diligence du cohéritier ou copartageant* ! Ainsi, il faut faire violence à la loi, en changer les termes et y ajouter, pour aller saisir le notaire et le rendre responsable de ce qu'une inscription, qui devait être faite à la diligence de la partie, n'a pas été prise par elle ou a été prise tardivement<sup>5</sup>.

Et puis voyez l'inconséquence ! De ce que les notaires reçoivent

<sup>1</sup> *Lois civiles*, liv. I, tit. 15, sect. 1, n° 13 (p. 129, édit. de 1745).

<sup>2</sup> Rouen, 14 mai 1844 (*J. des Not.*, 1848, p. 244, art. 8005).

<sup>3</sup> Rejet, 28 novembre 1843 (*ibid.*, 1844, p. 217, art. 5963).

<sup>4</sup> Rejet, 3 août et 29 décembre 1847 (*ibid.*, 1848, p. 247, art. 8005, et p. 808, art. 8037).

<sup>5</sup> Nous revenons là-dessus dans le *Traité-commentaire des privilèges et hypothèques* de la continuation de Marcadé, qui est sous presse pour paraître incessamment.



vent des actes emportant licitation ou partage, il ne s'ensuit pas que les actes de l'espèce aboutissent nécessairement et toujours à eux ; de tels actes sont reçus aussi par la justice, et s'accomplissent devant elle ou devant un membre du tribunal (C. proc., art. 970). Or a-t-on jamais imaginé de dire que les avoués, que les greffiers seraient tenus, à peine de responsabilité, d'inscrire d'office le privilège des copartageants ou des colicitants ? Non ; et cela témoigne contre le système d'autant plus énergiquement qu'après tout les notaires, eux sur qui pèseraient l'obligation d'inscrire et la responsabilité, procèdent pour des majeurs, d'accord entre eux, et maîtres de leurs droits, tandis que les avoués et les greffiers, qui sont affranchis de toute obligation et que la responsabilité n'atteint pas, sont en présence de mineurs, d'incapables, et souvent d'intérêts opposés ou hostiles !

N'insistons pas davantage ; aussi bien l'erreur est au point de départ, dans la théorie même, et dès lors les applications, quelles qu'elles soient, se signaleront inévitablement, aussi bien que celle-ci, par des détails défectueux.

Mais en suivant ces applications dans les Recueils où elles sont relevées, en pressentant quelques-unes de celles auxquelles la théorie pourrait conduire encore, si elle marchait dans les tendances qu'elle accuse, nous sommes frappé des dangers qu'elles présentent, non-seulement pour le notariat, qu'elles atteignent si gravement, mais encore pour la société en général ; et malgré nous, jetant nos regards en arrière, nous comparons le présent au passé, et nous demandons à ce rapprochement ce que les intérêts généraux ont à gagner aux extensions de la responsabilité notariale.

Quand la jurisprudence posait en principe la nécessité de restreindre cette responsabilité, et n'admettait pas qu'elle pût être appliquée dans les cas autres que ceux en vue desquels elle avait été formellement établie par une disposition législative, le notariat se trouva peuplé de sujets dignes à tous égards de la mission dont les notaires sont investis. Aussi voit-on qu'après 1789, à une époque où rien, les hommes pas plus que les institutions, n'échappait aux investigations, pas une plainte ne s'éleva contre le notariat, si bien que de tous les offices, ceux des notaires furent les derniers supprimés, et que la Constituante, après avoir aboli, par son décret du 6 octobre 1791, la vénalité et l'hé-

rédié des offices royaux, et supprimé les offices des notaires seigneuriaux, apostoliques et autres du même genre, conserva, par des dispositions transitoires, tous les notaires qui se trouvaient en exercice au jour de la publication de la loi, et en fit les *notaires publics* qu'elle venait de créer.

Nous ne disons pas assurément que le notariat ait cessé de mériter aujourd'hui la confiance publique. Certes les notaires, en général, sont encore des fonctionnaires dont on peut dire, avec M. Réal <sup>1</sup>, « qu'ils empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi et enlèvent aux hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation, » et avec M. Favard <sup>2</sup>, « qu'ils sont les confidents de toutes les pensées de leurs concitoyens, les régulateurs des engagements à contracter, qu'ils donnent par leur caractère la sanction pratique à toutes les lois; et qu'ils remplissent une magistrature qui se présente à l'esprit comme la clef de l'édifice social, qu'on place la dernière. » Mais il est survenu, dans le notariat, des sinistres qui ont pu en ternir l'antique renom. D'un autre côté, des renseignements précis et puisés dans plus de deux cents arrondissements attestent non-seulement que la carrière du notariat a été abandonnée par des titulaires honorables et que d'autres non moins honorables cherchent à traiter de leurs offices, mais encore que partout à peu près les études sont vides d'aspirants, et que, contrairement à une tradition constante, elles n'ont plus que des employés. Ces faits sont graves, et s'il est vrai, comme on l'affirme, que la cause en doive être attribuée à l'application exagérée du principe de la responsabilité notariale, il y aurait là un argument de fait qui ajouterait puissamment aux considérations de droit qui s'élèvent en nombre contre la théorie de la Cour de Paris.

C'est sous l'influence d'arguments de ce genre que la prise à partie, qui présente avec la responsabilité notariale plus d'un point de contact, a été renfermée, par nos lois actuelles, dans des limites bien autrement resserrées qu'elles ne le furent autrefois. Il est remarquable qu'à la même époque où la jurisprudence se signalait par sa réserve à appliquer la responsabilité contre les notaires, les principes reçus se signalaient par leur facilité

<sup>1</sup> Exposé des motifs. V. *Rép. de MM. Dalloz, loc. cit.*, p. 578, n° 1.

<sup>2</sup> Rapport au Tribunal. *Ibid.*, p. 580, p° 41.

et leur exagération à autoriser la prise à partie. Il faut voir comment et par quelles considérations cette dernière tendance fut attaquée; comment l'intérêt de la magistrature et par cela même celui de la société furent pris en main par les publicistes de l'époque. Si le magistrat, disait-on, condamné déjà à la vie la plus laborieuse, était, par surcroît de maux, livré sans défense à la haine des parties, le temple de la justice serait bientôt déserté par tous ses ministres. Qui voudrait d'un état où l'on aurait perpétuellement à combattre ses propres passions et celles d'autrui<sup>1</sup>? Il en faut dire autant aujourd'hui des notaires dont les fonctions, comme celles du magistrat, ont leur labeur et leurs difficultés, et il faut le dire d'autant plus que le notaire n'a en lui ni la même autorité ni le même prestige que le magistrat, et que les spéculations dans lesquelles il intervient étant de beaucoup plus nombreuses que les procès<sup>2</sup>, les illusions et les mécomptes ont un plus vaste champ. Ce sont assurément des raisons pour que la loi le défende et pour que la justice lui accorde une juste protection. Après tout, l'intérêt général le demande; car si l'exagération d'un principe devait éloigner de la carrière les hommes honorables par lesquels l'institution se maintient au rang que la loi lui assigne, la société, pas plus que le notariat, n'aurait à y gagner.

PAUL PONT.

<sup>1</sup> V. l'opinion de Robin de Mozas et celle de Savoie de Rollin, citées et rapportées par Merlin, *Rép.*, v° *Prise à partie*, § 1, n° 3.

<sup>2</sup> La statistique de 1851 constate qu'il a été inscrit au rôle, pour les diverses juridictions, une somme totale de 848,870 affaires; et le nombre des actes faits par les notaires s'est élevé, pour la même année, à 3,173,125.

## PRIVILÈGES GÉNÉRAUX. — PRIVILÈGES SPÉCIAUX. —

## CONCOURS SUR LE MOBILIER.

**Les privilèges généraux énumérés dans l'article 2101 doivent-ils primer les privilèges spéciaux établis par l'article 2102, lorsqu'ils sont en concours avec ces derniers ?**

Dissertation par M. J. LE MENUET, juge suppléant au Tribunal civil de Corbell.

## SOMMAIRE.

1. La Cour de cassation paraît, dans son dernier arrêt, donner la préférence aux privilèges généraux.
2. Exposé des trois systèmes qui divisent la doctrine et la jurisprudence : 1° préférence des privilèges généraux ; 2° préférence des privilèges spéciaux ; 3° préférence des privilèges selon leur degré de faveur.
3. Le Code Napoléon a dû résoudre cette question.—L'article 2101 a donné la préférence aux privilèges généraux.
4. Preuve par l'opinion des auteurs qui ont écrit sur le Code après avoir concouru à sa rédaction.
5. .... Par l'ancienne jurisprudence.
6. C'est à tort qu'on l'a invoquée en faveur des privilèges spéciaux. — Les frais de justice et d'inhumation primaient, sous l'ancien droit, tous les privilèges spéciaux ; le Code Napoléon a élevé au même degré de faveur les frais de dernière maladie, les salaires des gens de service et les fournitures de subsistances.
7. Démonstration tirée des travaux préparatoires du Code.
8. C'est cette préférence que l'article 2101 a consacrée par son texte.
9. Preuve tirée de l'exposé des motifs. — Réfutation de l'argument *à contrario* puisé dans l'article 2105.
10. Examen des objections présentées en faveur des privilèges spéciaux par les partisans de leur préférence absolue (2<sup>e</sup> système). — Articles 2105, 2073 du Code Napoléon ; 661, 662 du Code de procédure civile.
11. Examen de la jurisprudence invoquée en faveur de ce système. — Tous les arrêts reposent sur des motifs inadmissibles.
12. La majorité des Cours d'appel s'est prononcée contre la préférence absolue des privilèges spéciaux, lorsque ces Cours ont été consultées sur la réforme hypothécaire. — Examen de l'avis des trois Cours qui seules ont préféré les privilèges spéciaux. — Leurs motifs militent en faveur des privilèges généraux tant que le Code Napoléon sera en vigueur.
13. L'article 2101 ayant donné la préférence aux privilèges généraux, le troisième système ne peut être admis, puisqu'il suppose que le Code n'a pas statué sur le concours des privilèges généraux et spéciaux. — Indication des inconvénients de ce système.
14. Résumé de la discussion.

I. La Cour de cassation qui, dans son arrêt du 20 mars 1849<sup>1</sup>, avait donné la préférence aux privilèges spéciaux, a décidé, par un autre arrêt du 25 avril 1854, « qu'aux termes des articles 2101 et 2105 du Code Napoléon, le privilège des frais de justice doit primer tous les autres privilèges généraux ou spéciaux, non-seulement sur les meubles, mais encore sur les immeubles, à défaut de mobilier<sup>2</sup>. »

Cette dernière décision nous paraît avoir une grande importance.

Elle a été rendue par la Chambre civile sous la présidence du savant auteur du Commentaire *sur les privilèges et hypothèques* et conformément à son opinion<sup>3</sup>; les termes généraux dans lesquels elle est conçue ne permettent pas de penser que la Cour ait entendu restreindre la solution aux frais de justice seulement; enfin l'arrêt de la Cour de Bordeaux, du 12 juin 1853, cassé par celui du 25 avril 1854, mais par un moyen étranger à notre question, se prononçait aussi d'une manière absolue, comme celui de la Cour de cassation, en faveur des privilèges généraux. Le motif ci-dessus transcrit nous semble avoir été admis par la Cour suprême dans le but de constater que, sur ce principe du moins, ces deux arrêts étaient d'accord.

D'un autre côté, un auteur recommandable qui, dans un premier ouvrage, s'était déclaré contre les privilèges généraux<sup>4</sup>, vient de convenir, dans un second ouvrage destiné tout spécialement à l'examen critique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges, « qu'incertain et perplexe, passant alternativement d'une solution à l'autre, il était arrivé, après de pénibles et laborieux efforts, à reconnaître que la question n'a pas de solution possible, juridiquement parlant; et il a pensé que la loi s'en rapportait à la sagesse des tribunaux pour décider si les créances de l'article 2101 sont à raison de leur qualité plus ou moins favorables que celles de l'art. 2102<sup>5</sup>. »

Peut-être M. Mourlon n'eût-il pas été indécis s'il n'avait pas admis, sur la foi de quelques auteurs modernes, que l'ancienne

<sup>1</sup> S. V., 50, 1, 106. — *J. du P.*, 50, 1, 214.

<sup>2</sup> S. V., 54, 1, 369.

<sup>3</sup> M. Troplong, *Des hyp.*, t. I, n° 74.

<sup>4</sup> M. Mourlon, *Répétitions écrites*, t. III, p. 432.

<sup>5</sup> *Examen critique et pratique du Comm. de M. Troplong sur les privilèges*, part. II, p. 575, 617-624.

jurisprudence était favorable aux privilèges spéciaux. Il dit lui-même (p. 617) que les travaux préparatoires du Code civil l'ont porté à penser que d'après l'esprit de la loi, les privilèges généraux doivent passer les premiers. C'est avec bonheur, ajoute-t-il, « qu'on aime à voir la loi venir en aide aux débiteurs en détresse, et leur ménager un crédit suffisant pour faire face aux premiers besoins de la vie. »

Nous espérons démontrer que telle a été en effet la pensée du législateur exprimée dans l'article 2101, et nous ajoutons que la nécessité de pourvoir à la gestion, à la conservation et à la répartition du gage commun des créanciers, la religion pour les morts, l'humanité, la protection due aux deniers du pauvre, ont été aussi les raisons qui ont motivé la préférence accordée aux privilèges généraux <sup>1</sup>.

II. Cette question de préférence entre les privilèges généraux et les privilèges spéciaux divise, comme on le sait, la doctrine et la jurisprudence, où elle a fait naître trois systèmes distincts.

Le premier donne la préférence aux privilèges généraux sur les privilèges spéciaux.

Il se fonde sur le texte de l'article 2101, sur son esprit, et enfin sur l'article 2105 qui, pour les immeubles, fait passer les privilèges généraux avant les privilèges spéciaux <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cour de Bastia. — *Réforme hyp. de 1841*, t. II, p. 6.

<sup>2</sup> V. MM. Maleville, sur l'article 2102. — Tarrille, *Rép.*, v° *Priv.*, sect. 3. § 1. — Favard, *Rép.*, v° *Priv.*, sect. 3. — Grenier, t. II, n° 298. — Delvincourt, t. III, notes de la page 152. — Troplong, *Des hyp.*, t. I, n° 74. — Carré et Chauveau, art. 661 et 662 du Code de procédure civile, quest. 2175 et 2177. — E. Jay, *Rev. crit. de jurispr.*, t. I, p. 116. — V. aussi Cassat., 25 avril 1854 (S. V., 54, 1, 369). — Limoges, 15 juillet 1813 (S. V., 14, 2, 262). — Rouen, 12 mai 1828 (S. V., 29, 2, 15). — Poitiers, 30 juillet 1830 (S. V., 31, 2, 88). — Rouen, 30 juillet 1851 (*J. du Pal.*, 51, 2, 111; S. V., 51, 2, 281). — Lyon, 16 janvier 1851 (*J. du Pal.*, 52, 2, 664). — Bordeaux, 12 avril 1853 (S. V., 53, 2, 444).

V. encore, dans les documents publiés sur la réforme hypothécaire de 1841, l'avis des Cours d'Aix, d'Angers, de Bastia, de Bordeaux, de Colmar, de Metz, de Montpellier, de Rouen et de la Faculté de droit de Rennes (*Doc. hyp.*, réforme de 1841, t. II, p. 2, 4, 24, 26, 64, 68, 99 et 118).

V. enfin le Règlement législatif des États romains, 10 novembre 1834, art. 62 (Anoine de Saint-Joseph, *Concord. des lois hyp.*, textes, p. 38); — le Code civil du duché de Parme promulgué en 1810, art. 2158 (*ibid.*, p. 169); — et le Code prussien, art. 356 (*ibid.*, p. 215).

Le second système donne, au contraire, la préférence aux privilèges spéciaux sur les privilèges généraux. — Il est fondé d'abord sur le silence du Code; ensuite sur l'ancien droit et l'opinion prétendue de Pothier; sur la cause même des privilèges spéciaux qui habituellement procèdent soit d'une constitution de gage, soit de l'augmentation du patrimoine du débiteur; et enfin il excipe de quelques textes : d'abord l'article 2073 qui donne au créancier gagiste la préférence *sur les autres créanciers*, et dès lors aussi sur ceux qui ont un privilège général; ensuite les articles 661 et 662 du Code de procédure civile qui font passer le bailleur (privilège spécial) avant les frais de justice (privilège général), et qui, mettant le privilège du bailleur avant le premier des privilèges généraux, doivent par cela même le placer avant tous les autres <sup>1</sup>.

Enfin le troisième système, sans s'arrêter soit à la généralité, soit à la spécialité, veut qu'on détermine le rang des privilèges d'après la faveur que mérite la nature de chaque créance <sup>2</sup>.

Il est certain, disent les partisans de cette opinion, que le premier système vient se heurter contre les articles 661 et 662 du Code de procédure civile.

Ceux qui soutiennent le second, ajoutent-ils, doivent reculer devant la nécessité où ils sont de préférer les frais de justice à tous les privilèges particuliers.

Le Code n'ayant pas fixé le rang des privilèges généraux sur le mobilier, il faut suivre la règle de l'article 2096 et classer ces privilèges selon leur degré de faveur.

Mais si les partisans de ce troisième système sont d'accord sur ces prémisses, ils se divisent à l'infini sur les conséquences.

<sup>1</sup> V. MM. Persil, *Rég. hyp.*, art. 2101, et *Quest.*, t. I, p. 59. — Dalloz, *Hyp.*, ch. 1, sect. 3, art. 1, § 1. — Pigeau, t. II, p. 184. — Valette, *Des priv.*, n° 119.

V. encore Cass., 20 août 1821 (S. V. C. N., 6, 1, 490) et 20 mars 1849 (S. V.) 50, 1, 106; *J. P.*, 50, 1, 214). — Paris, 27 novembre 1814 (S. V., 16, 1, 205) et 25 février 1832 (S. V., 32, 2, 299). — Lyon, 27 mars 1821, 14 décembre 1825 et 1<sup>er</sup> avril 1841 (S. V. C. N., 6, 2, 392; 8, 2, 158; 1841, 2, 344). — Rouen, 17 février 1826 (S. V., 27, 2, 5).

V. enfin, dans les documents précités, l'avis des Cours de Paris, de Pau et de Poitiers.

<sup>2</sup> V. MM. Demante, *Thémis*, t. VI, p. 255. — Duranton, t. XIX, n° 203. — Zachariæ, t. II, § 289. — Taulier, *Théorie du Code civil*, t. VII, p. 192.

V. encore Limoges, 15 juillet 1813 (*J. P.*, à sa date). — Rouen, 12 mai 1828 (*id.*). — Caen, 8 mars 1838 (S. V., 38, 2, 152).

Les uns font passer, sans exception, les privilèges spéciaux avant tous les privilèges généraux, même les frais de justice et les frais funéraires<sup>1</sup>.

Tous les autres admettent la priorité en faveur des frais de justice faits dans l'intérêt commun.

Mais ceux-ci rejettent après les privilèges spéciaux les frais funéraires et les trois autres privilèges de l'article 2101<sup>2</sup>.

Ceux-là admettent la priorité non-seulement pour les frais de justice, mais encore pour certains frais funéraires, le port du corps et l'ouverture de la terre<sup>3</sup>.

D'autres accordent la préférence pour les frais de justice et les frais funéraires fixés d'après l'arbitrage du juge<sup>4</sup>.

La Cour de Riom, dans l'avis par elle émis en 1841 sur la réforme hypothécaire, a étendu cette préférence aux frais de dernière maladie (*Doc. hyp.*, t. II).

La Faculté de Droit de Caen et la Cour d'Orléans ont réclamé la même faveur pour les salaires des gens de service (*Doc. hyp.*, t. II).

Les derniers défenseurs de ce système pensent que les privilèges généraux doivent être classés selon les circonstances et les raisons d'équité qui se présentent dans chaque espèce<sup>5</sup>.

III. La première réflexion qui s'offre à l'esprit lorsqu'on voit une telle divergence s'élever entre les défenseurs des deux derniers systèmes, c'est qu'il serait inouï que les rédacteurs du Code Napoléon eussent laissé dans l'oubli une question de cette importance.

Si elle était nouvelle, si elle ne s'était pas élevée sous l'ancien droit, encore pourrait-on dire que cette question n'avait pas été prévue.

Mais en Droit romain, sous les coutumes, devant tous les parlements, la question a été traitée et résolue, tantôt dans un sens,

<sup>1</sup> Cour de Poitiers. — *Doc. hyp.*, t. II, p. 93.

<sup>2</sup> Demante, *Thémis*, t. VI, p. 255. — Roll. de Vill., *J. du Not.*, art. 330. — Aubry et Rau, *Notes sur Zachariæ*, t. II, § 289, notes 2 et 3. — Cours de Pau, de Grenoble et de Lyon. — Facultés de droit de Dijon et de Strasbourg (*Doc. hyp.*, t. II, p. 81, 54, 60, 107, 124).

<sup>3</sup> Valette, *Des priv.*, n° 119.

<sup>4</sup> Cours de Paris, Douai, Dijon, Orléans. — Facultés de droit de Caen et de Grenoble (*Doc. hyp.*, t. II). — Duranton, t. XIX, n° 203.

<sup>5</sup> Cours d'Agen, Amiens, Besançon, Dijon, Rennes, Nîmes et Toulouse (*Doc. hyp.*, t. II). — M. Mourlon, *Examen critique*, ubi supra.



tantôt dans un autre. Et, il en faut convenir, il était difficile qu'il en fût autrement, surtout sous la coutume de Paris, dont l'article 179 portait que, « au cas de déconfiture, chaque créancier vient » à contribution au sol la livre sur les biens, meubles du débi- » teur, et qu'il n'y a point de préférence ou prérogative *pour* » *quelque cause que ce soit*, encore qu'aucun des créanciers ait » fait premier saisir. »

Ce fut la jurisprudence du parlement qui, *abrogeant* cette disposition dans ce qu'elle avait de trop absolu, admit en faveur de certains créanciers des causes de préférence que l'on nomma privilèges<sup>1</sup>. Elle dut hésiter longtemps avant de prendre un parti définitif.

N'est-il pas évident que le législateur moderne qui connaissait cet état de choses a voulu le faire cesser?

Il faut donc le dire, l'article 2101 a tranché le différend en faveur des privilèges généraux : et en disant que les créances privilégiées qu'il énumère s'exercent sur la généralité du mobilier *dans l'ordre suivant*, cet article a eu pour but de régler cet ordre, non-seulement à l'égard des privilèges généraux entre eux, mais encore à l'égard des privilèges spéciaux.

Nous espérons l'établir en nous reportant d'abord au dernier état de la jurisprudence antérieure au Code Napoléon, jurisprudence que l'on a, selon nous, invoquée à tort, contre notre système; ensuite aux travaux préparatoires; et enfin à la doctrine qui a prévalu aussitôt après la promulgation du Code.

IV. Remarquons, en effet, que Maleville, Tarrible, Favard, Grenier, tous ceux enfin qui ont écrit sur le Code Napoléon après avoir concouru à sa rédaction, ont unanimement pensé, comme M. le premier président Troplong, que les privilèges généraux de l'article 2101 doivent primer les privilèges spéciaux de l'article 2102.

Ce n'est que plus tard, lorsque les doctrines consacrées par le Parlement de Paris après une longue expérience, ont été oubliées, que l'on a cherché à l'aide d'inductions que nous allons examiner à faire prévaloir les privilèges spéciaux sur les privilèges généraux.

<sup>1</sup> Ferrières, sur l'article 179 de la cout. — Loyseau, *Des offices*, liv. III, ch. 8, n° 50.

Le tort des premiers commentateurs du Code a peut-être été de suivre la méthode des auteurs qui écrivaient sous l'ancien droit, en se bornant, comme eux, à poser un principe généralement reconnu sans chercher à le justifier. Il faut donc prendre leurs œuvres telles qu'elles sont, en se rappelant toutefois que ces auteurs reproduisaient l'opinion qui avait prévalu après que les inconvénients des théories contraires avaient été découverts par la pratique.

V. Pour exposer avec clarté l'état de la jurisprudence antérieure au Code, il faut la retracer séparément sur chacun des cinq privilèges énumérés dans l'article 2101.

1° *Frais de justice*. — La préférence qui leur est due n'est pas sérieusement contestée; elle est formellement consacrée par le dernier arrêt de la Cour de cassation, du 25 avril 1854. — Nous nous bornons donc à constater que Denisart et Pothier indiquaient ces frais « comme la créance la plus privilégiée, avant » toute autre créance, » lorsqu'ils avaient été faits dans l'intérêt commun<sup>1</sup>.

2° *Frais funéraires*. — On n'est d'accord aujourd'hui ni sur l'étendue ni sur le rang qu'avait ce privilège dans l'ancien droit. Selon les uns, il était limité au port du corps et à l'ouverture de la terre; selon d'autres, il ne venait qu'après les privilèges spéciaux et surtout après le privilège du bailleur qui, en général, était regardé comme le premier des privilèges spéciaux. On invoque à ce sujet l'opinion de Pothier. Ces assertions sont inexactes, et comme, à notre avis, la loi moderne a voulu donner aux trois derniers privilèges de l'article 2101 précisément le rang de faveur qui appartenait au privilège des frais funéraires dans l'ancien droit, nous croyons devoir insister et établir nettement tout d'abord ce qu'était réellement ce dernier privilège avant le Code Napoléon.

En Droit romain, les frais funéraires venaient avant toute autre créance : « *Omne creditum solent precedere*, » dit la loi 45 ff., *De relig. et sumpt.* Il n'est pas douteux qu'ils primaient le droit de gage du bailleur<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Denisart, *Actes de notoriété du Châtelet*, p. 109. — Pothier, *Introd. à la cout. d'Orléans*, tit. 20, § 9, n° 116, et *Proc. civ.*, part. IV, ch. 2, § 2 (p. 193, édit. Dupin). — Ferrières, *Cout. de Paris*, art. 171, glose 3.

<sup>2</sup> L. 14, § 1, *De relig. et sumpt.* — L. 4, ff. *In quibus causis pign.* — L. 4, ff. *De pactis*. — Pothier, *Pandectes*, liv. XI, tit. 7, n° 33.

Dans le dernier état de la jurisprudence française, le premier rang après les frais de justice, et surtout aussi vis-à-vis du bailleur, leur était assuré. « C'était, dit Ferrières, le sentiment » commun des docteurs et des arrêts <sup>1</sup>. »

La priorité leur était également acquise sur les meubles et sur les immeubles <sup>2</sup>.

Le Châtelet de Paris avait cependant une jurisprudence spéciale.

Divers actes de notoriété de 1688, 1692, 1694 avaient fait, en ce qui concerne le rang de ce privilège sur les meubles, la distinction suivante : l'ouverture de la terre et le port du corps venaient en premier ordre (après les frais de justice) sans pouvoir excéder 20 liv. : le tout par préférence aux autres créanciers ; puis on admettait le privilège du bailleur ; et ensuite, par concurrence entre eux, le surplus des frais funéraires, ceux de dernière maladie, les gages des domestiques et les frais de scellés et d'inventaire <sup>3</sup>.

Cette jurisprudence avait peut-être une cause particulière <sup>4</sup>. Une ordonnance de Charles VI, du mois de février 1415, expliquée par des lettres patentes de l'année 1633, avait créé à Paris, sous le titre de *jurés crieurs*, des officiers chargés de fournir *les draps, serges et autres choses dont on a coutume d'user aux obsèques et funérailles* <sup>5</sup>. Lorsque la question de préférence s'élevait pour ces derniers frais, elle était soutenue au nom des *jurés crieurs* ; la nature d'une pareille créance avait pu déterminer le Châtelet à la mettre au même rang que celle des médecins et domestiques.

Mais au surplus cette distinction faite par le Châtelet n'était pas suivie par le Parlement. « Le privilège des frais funéraires,

<sup>1</sup> Sur la coutume de Paris, art. 171, glose 3, n° 8. — Pothier, *Introd. à la cout. d'Orléans et Proc. civ.*, ubi suprâ. — D'Argentré, sur la cout. de Bretagne, art. 574, p. 1889. — Bourjon, *Droit commun*, tit. 8, Des exéc., n° 64.

<sup>2</sup> Despeisses, *Des contrats*, t. I, part. III, sect. 7, n° 5, p. 418. — Ferrières, art. 179 de la coutume de Paris. — Denisart, v° *Frais funéraires*, n° 9. — D'Héricourt, *Vente des immeubles*, part. I, p. 203. — Guyot, *Répert. de jurispr.*, v° *Frais funéraires*, t. VII, p. 543. — Renusson, *De la subrogation*, ch. 3, n° 17.

<sup>3</sup> Denisart, *Actes de notoriété*, p. 54, 56, 108, 109, 128. — *Recueil de jurispr.*, v° *Frais funéraires*, n° 7.

<sup>4</sup> Pothier, *Proc. civ.*, ubi suprâ, a soin de dire que les décisions du Châtelet avaient été rendues contre les *jurés crieurs* (V. ci-après).

<sup>5</sup> Denisart, v° *Crieurs*, n° 1 et 4.

» dit Ferrières, doit être accordé pour toute dépense qui vient à l'état et à la dignité du défunt..... La jurisprudence des arrêts a toujours été conforme à ces principes <sup>1</sup>. »

C'était aussi le sentiment de Domat <sup>2</sup> et de la plupart des auteurs <sup>3</sup>.

D'Héricourt, dans son *Traité de la vente des immeubles* <sup>4</sup>, s'en expliquait expressément. Son opinion n'a pas été sans influence sur l'esprit des rédacteurs du Code Napoléon; car on va voir par le passage qui suit jusqu'à quel point on a fait passer dans le Code le texte même de cet auteur.

« Le privilège, dit-il, est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires (art. 2095 C. Nap.). Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle sur le plus ou moins de faveur de la créance (art. 2096). Ceux que l'on préfère à tous les autres privilégiés sont les droits seigneuriaux, le poursuivant pour les frais, ceux qui demandent les frais funéraires...., ce qui doit s'entendre, selon la loi 14 ff., *De relig. et sumpt.*, de dépenses modérées suivant la condition, l'état et le bien du défunt. »

Pothier, que l'on a invoqué pour dire que sous l'ancien droit tous les frais funéraires, selon l'état et la qualité du défunt, n'étaient pas privilégiés, qu'on les réduisait à l'ouverture de la terre et au port du corps <sup>5</sup>, est loin d'avoir émis cette opinion d'une manière aussi explicite. Voici ce qu'il dit dans le passage cité et qui se trouve dans son *Traité de la procédure civile* <sup>6</sup> :

« Lorsque ce sont les meubles de la succession d'un défunt qui sont saisis, le privilège des frais funéraires obtient le premier rang (après les frais de justice). Cette créance est même préférée aux loyers sur les meubles qui exploitent l'hôtel. (V. les *Notes sur l'Acte de notoriété*, du 4 août 1692.)

» Mais il paraît, par un autre acte de notoriété du Châtelet de

<sup>1</sup> Cout. de Paris, art. 179, glose unique, § 2, n° 3.

<sup>2</sup> *Lois civiles*, liv. III, tit. 1, sect. 5, n° 24.

<sup>3</sup> Guyot, *Répert.*, v° *Frais funéraires*. — Rousseau Lacombe, v° *Frais funéraires*, et les auteurs qu'il cite. — Bourjon, tit. 8, Des exécut., n° 64, p. 687.

<sup>4</sup> Part. I, chap. 11, sect. 1, n° 1 et 5, p. 203.

<sup>5</sup> M. Valette, *Des priv.*, n° 216. — M. Mourlon, *Examen critique*, ubi supra.

<sup>6</sup> Part. IV, ch. 2, § 2 (p. 193, édit. Dupin).

» Paris, du 24 mai 1694, contre les jurés crieurs de la même  
 » ville, que le privilège sur le prix des meubles a été restreint  
 » par l'usage au port du corps et à l'ouverture de la fosse, qu'on  
 » appelle frais funéraires de *premier ordre*; le surplus des frais  
 » funéraires, qu'on qualifie de *second ordre*, ne se paye que par  
 » contribution avec les créanciers privilégiés et par privilège à  
 » l'égard des autres créanciers non privilégiés. »

Ainsi qu'on le voit, Pothier n'exprime pas ici son opinion. Il énonce l'usage du Châtelet. Son traité de la procédure, tout le monde le sait, ne se compose que de notes mises en ordre après sa mort. On ne doit donc pas y attacher la même autorité qu'aux traités publiés par Pothier lui-même.

Si ce passage était autre chose que le simple énoncé de l'usage du Châtelet, Pothier, ce qui n'est guère admissible, serait tombé en contradiction, puisque dans l'*Introduction à la coutume d'Orléans*<sup>1</sup>, il a dit : « Après les frais de justice viennent les frais funéraires du défunt.... Ils n'ont néanmoins de privilège que jusqu'à concurrence de la dépense qu'il a été convenable de faire. »

» Un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 4 août 1692, fixait ces frais à une somme de 20 fr. IL N'EST PAS SUIVI. Ils sont taxés à l'arbitrage du juge, qui doit les arbitrer eu égard à la qualité du défunt. »

Pothier n'est pas le seul, du reste, qui affirme que cet acte de notoriété n'était pas suivi. Aux auteurs déjà cités, il faut ajouter Bourjon qui atteste que, contrairement à l'ancien usage du Châtelet<sup>2</sup>, « la jurisprudence des arrêts a étendu ce privilège pour toute la dépense qui convenait à l'état et à la dignité du défunt. » Il cite Brodeau et Auzanet, sur l'article 161 de la coutume.

« Ces frais; ajoute-t-il, sont préférables non-seulement au propriétaire, mais encore à tous autres créanciers privilégiés. »

Nous pourrions multiplier ces citations, mais il faut s'arrêter : celles qui précèdent nous paraissent établir suffisamment qu'antérieurement au Code, les frais funéraires, selon l'état et la dignité du défunt, étaient préférés à tous les privilèges spéciaux.

3° *Frais de dernière maladie*. — Déjà nous avons dit qu'au

<sup>1</sup> Titre 20, § 9, n° 117.

<sup>2</sup> Des exécutions, titre 8, n° 64, p. 687; n° 69, 70 et 71. — Bacquet, Des droits de justice, ch. 21, n° 275.

Châtelet de Paris, ces frais étaient classés avant tout privilège spécial autre que celui du bailleur <sup>1</sup>.

Charondas <sup>2</sup> et Loyseau <sup>3</sup> attestent qu'ils venaient au même rang que les frais funéraires.

« Le privilège des frais funéraires, dit ce dernier auteur, et » ce qui en dépend comme gages de serviteurs, partie d'apothicaires, etc., sont préférés, *intuitu pietatis, par-dessus toutes autres dettes.* »

Pothier dit de son côté <sup>4</sup> : « C'est une question si ce privilège » doit marcher de pas égal avec celui des frais funéraires, et » *précéder comme lui tous les privilèges particuliers.* Lalande prétend qu'il doit être placé après celui du seigneur d'hôtel.

» Cette créance, ajoute-t-il <sup>5</sup>, paraîtrait aller d'un pas égal » avec les frais funéraires <sup>6</sup>. Je pense cependant que dans l'usage » elle n'est placée *qu'après.* »

4° *Salaires des gens de service.* — Leurs gages pour une année venaient au Châtelet au même rang et par concurrence avec les frais de dernière maladie <sup>7</sup>. — Et Bourjon généralise ce principe.

5° *Fournitures de subsistances.* — Denisart, dans ses *Actes de notoriété* (page 111) et dans son *Recueil de jurisprudence* <sup>8</sup>, place ce privilège en concours avec celui des frais de dernière maladie. « Ce privilège, dit-il, ne fait plus aujourd'hui difficulté » tant sur les meubles que sur les immeubles. »

VI. Maintenant que nous nous sommes expliqué sur chacun des privilèges de l'article 2101 et sur leur rang antérieurement au Code, il nous reste à démontrer que Pothier n'a pas dit d'une manière absolue que les *privilèges spéciaux l'emportent sur les*

<sup>1</sup> Denisart, *ubi supra*.

<sup>2</sup> Cout. de Paris, art. 162, et réponse 86, liv. VII.

<sup>3</sup> *Des offices*, liv. III, ch. 8, n° 50.

<sup>4</sup> *Introd. à la cout. d'Orléans*, tit. 20, § 9, n° 118.

<sup>5</sup> *Procéd. civ.*, part. IV, ch. 2, § 2.

<sup>6</sup> Bourjon est plus explicite, tit. 8, *Des exécutions*, n° 71, p. 688. — Despeisses, *Des contrats*, partie III, tit. 2, sect. 7, n° 5. — Bacquet, *Des droits de justice*, ch. 21, n° 272 et suiv. — Renusson, *De la subrogation*, chap. 3, n° 19. Il approuve l'opinion de Balde et Paul de Castro, qui disent : « *Im-* » *pensa facta infirmum præfertur cuicunque creditori, post tamen funeris* » *impensum.* »

<sup>7</sup> Denisart, *Actes de notoriété*, p. 108. — Pothier, *Proc. civ.*, *ubi supra*. — Bourjon, *ubi supra*, et les auteurs qu'il cite.

<sup>8</sup> V° *Privilège*, n° 14. — *Adde* Bourjon, *ubi supra*, et les auteurs par lui cités.

*privilèges généraux*<sup>1</sup>. — Ces expressions se trouvent bien dans le *Traité de la procédure*, mais il ne faut pas les isoler de ce qui précède et de ce qui suit; on doit surtout comparer avec ce traité l'*Introduction à la coutume d'Orléans*, si l'on veut saisir la véritable pensée de l'auteur.

Prenons d'abord l'*Introduction à la coutume d'Orléans*. En voici l'analyse fidèle :

« *La créance la plus privilégiée de toutes est celle des frais de justice....* Ensuite viennent les frais funéraires.... *Quoique ce privilège soit préférable à tous les privilèges particuliers,* néanmoins il est équitable que cette préférence n'ait lieu que subsidiairement, c'est-à-dire dans le cas auquel les autres effets, qui ne sont sujets à aucun privilège particulier, ne suffiraient pas pour acquitter les frais funéraires. . . . .  
 « Les frais de dernière maladie ont aussi un privilège général; c'est une question s'il doit marcher de pas égal avec celui des frais funéraires *et précéder comme lui les privilèges particuliers.* . . . . .  
 « Parmi les privilèges particuliers qui viennent ensuite, le plus célèbre est celui des seigneurs de rentes foncières, d'hôtel et de métairie. Ce privilège marche avant presque tous les autres privilèges PARTICULIERS. . . . .  
 « Après tous les privilèges *particuliers* vient le privilège général qu'on donne sur tous les biens du débiteur emprisonné. . . . .  
 « Enfin vient le privilège général de la créance du fisc. »

Mettons en regard de ces expressions si nettes et si précises celles du *Traité de procédure civile* :

« La créance la plus privilégiée est celle des frais de saisie. . . . . Le privilège des frais funéraires *obtient le premier rang immédiatement après*<sup>2</sup>. . . . .  
 « Ce qui est dû pour la dernière maladie. . . . est aussi une créance privilégiée *qui paraîtrait aller d'un pas égal avec les frais funéraires. Je pense que, dans l'usage,* elle n'est placée qu'après. . . . Duplessis ne place ce privilège qu'après celui du maître d'hôtel ou de métairie. . . . . Néanmoins

<sup>1</sup> Troplong, *Des hyp.*, n° 74. — M. Valette, *Des priv.*, n° 119. — M. Mourlon, *Examen critique*, ubi suprâ. — Pothier, *Proc. civ.*, part. IV, ch. 2, § 2, p. 194, (édit. Dupin). — *Introd. à la cout. d'Orléans*, tit. 20, § 9.

<sup>2</sup> Pothier rappelle ici l'usage du Châtelet; son opinion a été reproduite plus haut.

» cela peut souffrir difficulté. — Le privilège accordé par l'ordonnance de 1690 au créancier qui a fourni les aliments au prisonnier est aussi un privilège *général*. Je ne sais s'il doit prévaloir sur celui des seigneurs d'hôtel. . . . . »

C'est après avoir posé ces principes que Pothier continue ainsi :

« Le privilège des deniers royaux est aussi un privilège qui ne doit avoir lieu qu'après les privilèges généraux dont nous venons de parler, *et à plus forte raison après les privilèges particuliers dont nous allons parler, PUISQUE CEUX-CI L'EMPORTENT SUR LES GÉNÉRAUX.*

« Les privilèges particuliers sont. . . . . celui du créancier nanti de gage. . . . . des hôteliers. . . . . des maîtres de pension. . . . . des seigneurs d'hôtel. . . . .

« Il y a plusieurs autres privilèges particuliers *qui l'emportent sur les généraux, EXCEPTÉ LES FRAIS FUNÉRAIRES QUI L'EMPORTENT SUR TOUS LES AUTRES.* . . . . .

« Tel est le privilège de celui qui a fourni la semence. . . . . les voituriers. . . . . le vendeur. . . . . Après les privilèges *particuliers viennent les généraux dans l'ordre que nous avons dit.*

« Nous avons oublié de parler du privilège des domestiques. . . . . Il est très-favorable. . . . . On l'accorde au Châtelet de Paris, et il paraîtrait devoir être suivi ailleurs.

« La contribution au marc la livre n'a lieu que lorsque le débiteur est en déconfiture. Quand il reste d'autres biens et effets pour satisfaire les créanciers, le plus diligent et premier saisissant *est préféré aux autres créanciers sur les effets qu'il a saisis.* »

Quand on suivra avec attention cet ensemble de doctrines, on sera porté à rejeter l'opinion de ceux qui pensent que Pothier reconnaissait *sans difficulté*, comme règle générale, que les privilèges particuliers sur les meubles l'emportaient sur les privilèges généraux.

Évidemment, si l'on n'avait que l'*Introduction à la coutume*, on en tirerait une conclusion tout opposée, puisque Pothier place en première ligne les privilèges généraux des frais de justice, des frais funéraires, presque celui des frais de dernière maladie, et que, selon lui, les privilèges particuliers *viennent ensuite.*



Le *Traité de la procédure* est moins précis, mais l'ordre observé est le même, et l'on a donné aux expressions de ces notes de Pothier une trop grande étendue.

Il faut comprendre sa pensée en restreignant ses termes aux privilèges généraux, qu'il n'avait pas placés lui-même avant les privilèges spéciaux, c'est-à-dire aux aliments du prisonnier, au privilège du fisc et à celui du premier saisissant.

Du reste, veut-on une preuve que c'était ainsi que l'on entendait l'article 179 de la coutume de Paris? c'est Loyseau qui va nous la fournir<sup>1</sup>.

« Notre coutume, dit-il, porte en son article 179 qu'au cas » de déconfiture il n'y a aucune préférence ou prérogative pour » quelque cause que ce soit..... J'ose bien dire que cette déci- » sion a été trop légèrement et inconsidérément ajoutée à notre » coutume lors de sa dernière rédaction. Aussi n'est-elle nulle- » ment observée..... En conséquence, *tous privilèges généraux* » *cessent* en la déconfiture, hormis celui des frais funéraires et » *ce qui en dépend, comme gages de serviteurs, parties d'apo- » thicaire, etc.* »

Les privilèges généraux des frais de justice, des frais funéraires et de ce qui en dépendait, c'est-à-dire les frais de dernière maladie, primaient donc, dans la pensée de Pothier lui-même, tous les privilèges spéciaux.

Nous croyons l'avoir établi; il nous reste à prouver que le Code Napoléon a étendu la même préférence au salaire des gens de service et aux fournitures de subsistances.

VII. Le projet de Code civil communiqué aux tribunaux contenait les dispositions que voici<sup>2</sup>:

« SECTION I<sup>re</sup>. — *Privilèges sur les meubles.* — Art. 8. Les » créances privilégiées sont celles ci-après exprimées, *lesquelles* » *s'exercent* DANS L'ORDRE SUIVANT. »

L'ordre établi était celui-ci :

- 1° *Frais de justice* ;
- 2° *Frais funéraires* ;
- 3° Le bailleur ;
- 4° Le créancier sur le gage ;
- 5° Le vendeur ;

<sup>1</sup> *Des offices*, liv. III, ch. 8, n<sup>os</sup> 5 et 50. — Adde Ferrières, sur l'article 179 de la cout. de Paris.

<sup>2</sup> Fenet, t. II, p. 212.

- 6° L'aubergiste ;
- 7° Le voiturier ;
- 8° *Les frais de dernière maladie ;*
- 9° *Les salaires des gens de service ;*
- 10° *Les fournitures de subsistances ;*
- 11° Les prévarications des fonctionnaires publics sur leur cautionnement.

L'article 11 ajoutait que les frais de justice, les frais funéraires, ceux de dernière maladie, les fournitures de subsistances et les gages des gens de service étaient privilégiés sur les immeubles en cas d'insuffisance du mobilier.

La Cour de Dijon fit observer que le projet ne fixait pas le rang des privilèges généraux *sur les immeubles*<sup>1</sup>.

Celle de Bruxelles demanda qu'on classât le privilège des gens de service (9° rang) *immédiatement après les frais funéraires* (3° rang)<sup>2</sup>.

La Cour de Lyon insista pour que les fournitures de subsistance, les salaires des domestiques et les frais de dernière maladie (10°, 9°, 8° rangs) *fussent placés dans un ordre plus utile*<sup>3</sup>.

Celle de Toulouse s'exprima ainsi : « La classification du projet est injuste et contraire aux principes suivis jusqu'à présent. Les frais de dernière maladie, qui se trouvent placés au 8° rang, *ont été de tous temps alloués immédiatement après les frais funéraires*, et devraient obtenir la troisième place dans l'ordre qui est suivi<sup>4</sup>. »

La Cour de cassation adopta dans son entier l'article 8 du projet<sup>5</sup>.

Les autres Cours d'appel ne firent aucune observation.

Le Conseil d'État, chargé de résumer les avis des Cours, divisa son nouveau projet en trois articles<sup>6</sup> :

« Art. 8. Les privilèges sont généraux ou particuliers sur certains meubles.

» Art. 9. Les créances privilégiées sur la généralité des meu-

<sup>1</sup> Fenet, t. III, p. 502.

<sup>2</sup> Fenet, t. III, p. 276.

<sup>3</sup> Fenet, t. IV, p. 230.

<sup>4</sup> Fenet, t. V, p. 590. — Telle était en effet la jurisprudence du parlement de Toulouse. — Maynard, *Quest. not.*, t. I, tit. 1, liv. II, ch. 47, p. 102.

<sup>5</sup> Fenet, t. II, p. 653.

<sup>6</sup> Fenet, t. XV, p. 327.

» bles sont celles ci-après exprimées, *et s'exercent dans l'ordre*  
 » *suivant.* »

L'ordre était celui-ci :

- |   |                            |
|---|----------------------------|
| 1° Les frais de justice,  | } comme au premier projet. |
| 2° Les frais funéraires,  |                            |
| 3° Les frais de dernière maladie (rang demandé par les Cours de Lyon et de Toulouse).     |                            |
| 4° Les salaires des gens de service (rang demandé par les Cours de Bruxelles et de Lyon). |                            |
| 5° Les fournitures de subsistances (selon le vœu de la Cour de Lyon).                     |                            |

Les articles 10, 11, 12, 13 et 14 du projet, sauf des changements de rédaction étrangers à la question qui nous occupe, étaient conformes aux articles 2102, 2103, 2104 et 2105 du Code Napoléon. Le dernier de ces articles donnait la préférence aux privilèges généraux sur les immeubles, en réparant l'oubli signalé par la Cour de Dijon.

On discuta le rang de certains privilèges particuliers entre eux <sup>1</sup>, mais les articles relatifs aux privilèges généraux, tant sur les meubles que sur les immeubles, furent adoptés sans discussion.

Cette rédaction fut communiquée au Tribunal.

Dans sa pensée les privilèges généraux primaient, sur le mobilier, les privilèges spéciaux ; car il demanda que l'on introduisit dans le projet la restriction que Pothier, par un sentiment d'équité, apportait à la préférence absolue du privilège des frais funéraires sur les privilèges spéciaux <sup>2</sup>.

« Les privilèges généraux, dit le Tribunal <sup>3</sup>, n'auront la préférence sur les meubles affectés à des privilèges particuliers » que lorsque les autres meubles seront insuffisants pour les acquitter.

» Il est juste, ajoute le Tribunal, que les meubles affectés aux privilèges spéciaux puissent d'abord être épuisés par ceux à qui ces privilèges sont accordés, *si les autres meubles suffisent pour les privilèges généraux.* »

Ce tempérament équitable que M. Mourlon admet sous le Code

<sup>1</sup> Fenet, t. XV, p. 351 à 358.

<sup>2</sup> P. 77, ci-dessus.

<sup>3</sup> Fenet, t. XV, p. 412.

Napoléon, bien qu'il n'ait pas été écrit dans le texte <sup>1</sup>, et que nous avons toujours vu suivre dans la pratique, nous paraît juste quand il se borne à une application plus ou moins rigoureuse de la loi, et quand cette appréciation est laissée aux tribunaux; mais il aurait présenté des inconvénients s'il eût été transformé en loi. Le paiement des frais funéraires et autres de cette nature aurait pu être indéfiniment retardé par les exigences des créanciers garantis par un privilège spécial, et qui, armés de cette loi, auraient renvoyé les créanciers protégés par les privilèges généraux, à discuter préalablement les biens de leur débiteur, quelque peu liquides qu'ils fussent. Les lenteurs et les difficultés de la réalisation, souvent contentieuse, du gage auraient ainsi pesé seulement sur les créances les plus favorables.

Cet amendement fut donc rejeté, et M. Treilhard, en rendant compte de la communication faite au Tribunat, se contenta de dire, en ce qui concerne cette partie du projet, « qu'il n'était » résultat de cette conférence que de légers changements de rédaction dont il était inutile de parler <sup>2</sup>. »

VIII. Si nous résumons maintenant cette analyse, que les diverses modifications du projet nous ont forcé d'étendre, qu'en résulte-t-il?

Les frais de justice et les frais funéraires passaient, sous l'ancien droit, incontestablement avant les privilèges spéciaux. Le projet du Code civil leur conserve cette préférence. Pas une voix ne s'élève pour protester.

Au contraire, les Cours de Bruxelles, Lyon et Toulouse réclament une faveur égale pour les frais de dernière maladie, les gages des domestiques et les fournitures de subsistances. On accède à ce vœu.

Les privilèges généraux se trouvent ainsi rangés dans un ordre de priorité qui n'est interrompu par aucun privilège spécial.

On les classe dans un article séparé, et en tête de cet article on reproduit ce texte du projet : « *Les créances privilégiées sur la généralité des meubles s'exercent dans l'ordre suivant* » (art. 2101).

Dans le projet primitif, on ne peut pas le nier, ces mots :

<sup>1</sup> *Examen critique*, n° 200, 2<sup>e</sup> partie, p. 624.

<sup>2</sup> Fenet, t. XV, p. 418 et 422.

*dans l'ordre suivant*, ne se restreignaient pas aux privilèges généraux entre eux. Cet ordre était établi sur la généralité du mobilier, même vis-à-vis des privilèges spéciaux.

Pourquoi donner aux mêmes termes, aux mêmes expressions, une autre signification dans la rédaction définitive?

N'est-ce pas sur la *généralité du mobilier* sans exception que l'ordre est établi? La loi a-t-elle distingué entre le cas où il existerait des privilèges spéciaux et celui où il n'en existerait pas?

Bien au contraire, cette distinction a été rejetée.

Qu'on rapproche les articles 2101 et 2102, et qu'on en examine la rédaction différente.

Le premier fixe d'une manière absolue le rang des privilèges généraux.

Le second ne détermine l'ordre des privilèges particuliers que d'une manière relative, et pour certains privilèges entre eux.

Pourquoi? C'est que, dans le sein du conseil d'État, personne n'a réclamé contre la préférence des privilèges généraux, tandis que l'ordre des privilèges particuliers entre eux a été discuté sans être résolu, dit M. Grenier<sup>1</sup>.

Comment donc admettre que sans discussion, sans opposition, sans un seul mot pour justifier une pareille innovation, les rédacteurs du Code aient dépourillé les frais funéraires de la priorité qui leur avait été accordée?

Et si cela ne peut être à l'égard des frais funéraires, cela ne peut pas être non plus à l'égard des autres privilèges énumérés à l'article 2101, puisque la disposition de cet article est générale et ne comporte aucune distinction entre les divers privilèges qu'elle a énoncés. On a voulu les élever tous à la même faveur vis-à-vis des privilèges particuliers, en établissant ensuite divers degrés quand les privilèges généraux concourraient entre eux après avoir exclu les privilèges particuliers. C'est le premier rang qu'on a voulu assurer aux privilèges généraux vis-à-vis des privilèges spéciaux, quand on a dit sans restriction qu'ils viennent sur la *généralité du mobilier dans l'ordre suivant*.

Comment admettre que telle n'a pas été la pensée du législateur, quand on voit son premier projet fixer l'ordre des privi-

<sup>1</sup> *Des hyp.*, t. II, n° 294.

lèges généraux sur le mobilier, omettre de le déterminer sur les immeubles? Puis quand on répare cet oubli, signalé par la Cour de Dijon, que fait-on? On suit encore l'ancienne jurisprudence, on donne la préférence absolue aux privilèges généraux (C. Nap., 2105), quand ils concourent sur les immeubles avec les privilèges spéciaux, et on la donne sans exception à tous les privilèges de l'article 2101.

IX. Les observations qui précèdent démontrent que c'est à tort que l'on a critiqué l'exposé de motifs fait par M. Treilhard au conseil d'État, et dans lequel il disait <sup>1</sup> :

« Les privilèges généraux conservent des créances *sacrées* » en quelque manière, puisque c'est par elles que le débiteur a » vécu. C'est PAR CE MOTIF qu'elles frappent ÉGALEMENT les meubles et les immeubles. »

Elles prouvent aussi que c'est à juste raison que M. Grenier est venu ajouter, dans son rapport au Tribunal <sup>2</sup> :

« De tous temps ces sortes de créances ont obtenu ce privilège; il eût répugné que pour des sommes ordinairement modiques, et qui entraient rarement en considération dans les affaires d'intérêt, on eût éloigné d'un citoyen les secours offerts à ses infirmités ou à sa misère, en privant ceux qui sont disposés à les donner, de l'espoir d'être payés sur les objets qui sont au pouvoir du débiteur, en évidence, et que de bonne foi ils ont regardés comme leur gage. LES MÊMES MOTIFS ont fait étendre ces privilèges aux immeubles en cas d'insuffisance du mobilier. »

Si *les mêmes motifs* militent en faveur des privilèges généraux sur les meubles et sur les immeubles, pourquoi leur refuser, sur le premier gage, la préférence qu'on leur accorde sur le second?

On a cherché à l'expliquer ainsi <sup>3</sup>. Les créances garanties par un privilège général, a-t-on dit, sont *modiques* quand on en compare le chiffre avec la valeur des immeubles; elles peuvent, au contraire, absorber tout le mobilier. Le législateur a bien voulu imposer aux créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles, un concours *modique*; il n'a pu entrer dans sa

<sup>1</sup> Fenet, t. XV, p. 174.

<sup>2</sup> Fenet, t. XV, p. 491 et 492.

<sup>3</sup> Persil, Dalloz, Valette. — Arrêt de Paris, 27 novembre 1814. V. la note 1 de la page 69.

pensée d'enlever le gage des créanciers auxquels il accordait un privilège spécial sur le mobilier.

Cette explication est ingénieuse sans doute, mais elle a le tort de supposer au législateur une pensée dont la trace ne se trouve ni dans l'ancien droit, ni dans les travaux préparatoires du Code. Elle aurait eu pourtant, avant le Code, beaucoup plus de force qu'elle n'en a maintenant. Les rentes étaient presque partout réputées immeubles, le prêt à intérêt était interdit, et par suite les immeubles entraient dans la fortune de chacun pour une part beaucoup plus grande qu'aujourd'hui. Cependant on a vu que, dans l'ancien droit, les privilèges généraux primaient les privilèges spéciaux aussi bien sur les meubles que sur les immeubles. C'est cet état de choses que le Code a voulu consacrer.

En outre, appréciée même comme hypothèse, cette objection manque de justesse. On compte, en France, un million de ventes chaque année<sup>1</sup>. 860,000 ont lieu moyennant un prix qui pour chacune est inférieur à 1,200 francs. Les immeubles, à cause de leur division entre les divers propriétaires du sol, n'offrent donc pas neuf fois sur dix une valeur supérieure à celle du mobilier.

Et d'ailleurs le vendeur d'un immeuble, le créancier qui a reçu une hypothèque spéciale, ne souffrent-ils pas un préjudice égal à celui du créancier nanti d'un privilège spécial?

Évidemment cette explication de l'article 2105 ne peut être admise.

La vérité à ce sujet a été dite par les Cours d'Aix et de Bastia<sup>2</sup>.

« Le législateur a pensé, disent-elles, qu'un créancier ne serait pas assez inhumain pour refuser à son débiteur les moyens de satisfaire à ses besoins de première nécessité. Les créances protégées par l'article 2101 se composent donc de frais qui sont censés faits du consentement de tous, et qui doivent être préférés à toutes autres créances. Il est impossible que ces engagements sacrés soient anéantis par des dettes engendrées à l'occasion des transactions ordinaires de la vie. »

Ce système trouve sa justification dans l'article 474 du Code

<sup>1</sup> *Doc. hyp.*, t. III, p. 534.

<sup>2</sup> *Doc. hyp.*, t. II, p. 4 et 6.

de commerce, qui accorde des aliments au failli et à sa famille préférablement à tous créanciers.

Ceci posé, voyons les arguments présentés en faveur des autres systèmes.

X. Celui qui place les privilèges spéciaux avant les privilèges généraux invoque en premier lieu des textes. Ces textes sont-ils susceptibles d'infrimer les données qui précèdent? Nous ne le croyons pas.

Arrêtons-nous d'abord à ceux qui sont pris de l'article 2073 du Code Napoléon. Ici nous renvoyons aux raisons si décisives par lesquelles M. le premier président Troplong démontre que cet article, qui donne au créancier gagiste un droit de préférence sur *les autres créanciers*, ne peut être opposé qu'aux créanciers non privilégiés<sup>1</sup>.

Nous ajouterons cependant que c'est par suite d'une erreur que la Faculté de droit de Dijon<sup>2</sup> a considéré la préférence accordée aux privilèges généraux *comme une odieuse iniquité* en contradiction avec l'article 2073, qui donne au créancier gagiste la préférence sur tous autres créanciers.

Le mot *tous* ne se trouve pas dans l'article 2073; cet article dit seulement *par préférence aux autres créanciers*. C'est la reproduction du principe général posé dans l'article 2095, qui porte également que le privilège donne droit au créancier en faveur duquel il existe, *d'être préféré aux autres créanciers*. Les mêmes mots ne peuvent pas avoir une signification différente dans les deux articles.

Mais venons aux articles 661 et 662 du Code de procédure civile, et démontrons que ces articles sur lesquels insistent avec tant de persistance les partisans du second système n'ont pas, cependant, le sens absolu qu'on leur a donné.

Une contribution est ouverte. — Les créanciers doivent en subir les phases et en supporter les frais. L'article 661 donne au bailleur le droit de suivre une procédure plus expéditive. — Le bailleur appelle en référé la partie saisie et l'avoué le plus ancien. — Fait statuer préliminairement sur son privilège et touche sa créance si elle n'est pas contestée. — Le surplus de la procédure de contribution lui devient inutile; les frais de cette con-

<sup>1</sup> *Des hyp.*, n<sup>os</sup> 74, 169 et 256.

<sup>2</sup> *Doc. hyp.*, t. II, p. 107 et 108.



tribution ne peuvent lui profiter, et alors l'article 662 ajoute que la créance du bailleur ne sera pas primée par ces frais.

« Le motif évident de cette exception en faveur du propriétaire, a dit la Cour de cassation <sup>1</sup>, c'est que les poursuites n'ont été d'aucune utilité pour lui. »

Ces articles respectent donc le principe de la préférence accordée par l'article 2101 aux frais de justice. Seulement ils distinguent les frais qui ont profité au bailleur de ceux qui ne lui ont pas profité <sup>2</sup>. Le bailleur est dispensé de contribuer aux derniers; mais à l'égard des premiers il reste soumis au droit commun.

Si l'on admettait, comme on le prétend, que l'article 662 a donné d'une manière absolue la préférence au bailleur sur tous les frais de justice, on arriverait à cette conséquence forcée que si la somme à distribuer était insuffisante pour payer à la fois et les frais faits à la requête du bailleur, ceux de référé par exemple, et la créance pour loyers, ce serait la créance des frais qui serait perdue.

Qu'on ne dise pas que le bailleur dans ce cas serait tenu vis-à-vis de son avoué par l'action de mandat; les frais de référé comprennent, en outre, ceux de la partie saisie et de l'avoué le plus ancien à l'égard desquels la question resterait entière.

On pourrait étendre ces conséquences aux frais de saisie et de vente sans lesquels le bailleur n'aurait pas touché sa créance.

Mais ces exemples suffisent pour démontrer qu'une pareille interprétation n'est pas admissible.

XI. Ce même système se retranche derrière quelques décisions judiciaires. Mais il s'en faut que toutes celles qu'il invoque lui soient favorables. Écartons d'abord les arrêts de la Cour de Lyon, des 14 décembre 1825 et 1<sup>er</sup> avril 1841 <sup>3</sup>, puisqu'ils décident seulement que les frais d'inventaire et les frais de faillite n'ayant pas profité au bailleur ne peuvent être prélevés avant sa créance. Nous en dirions autant de l'arrêt de cette Cour, du 27 mars 1821, si nous nous arrêtons à son dispositif seulement. La Cour juge, en effet, que les frais de saisie et de vente sont

<sup>1</sup> Arrêt du 20 août 1821 (S. V. C. N., 6, 1, 490). — Adde, Orléans. — *Doc. hyp.*, t. II, p. 74. — Carré et Chauveau, quest. 2175 et 2177. — Lyon, 27 mars 1821 (S. V. C. N., 6, 2, 392).

<sup>2</sup> M. Valette, *Des privilèges*, n° 22.

<sup>3</sup> V. la note 1 de la page 69.

des frais de justice qui doivent être prélevés avant la créance du bailleur, malgré l'article 662 du Code de procédure civile. Mais la Cour a cru devoir ajouter dans ses motifs que le privilège spécial du bailleur prime *tous les autres créanciers du locataire*.

Écartons encore l'arrêt de la Cour de cassation, du 20 août 1821. Car loin d'être favorable aux privilèges spéciaux, cet arrêt peut, au contraire, être invoqué avec succès contre eux. Il suffit, pour le prouver, d'en rappeler le texte : « Considérant, dit-il, » que les frais de justice auxquels l'article 2101 accorde un privilège ne sont que ceux qui ont été faits dans l'utilité des parties sur lesquelles la préférence doit avoir lieu ; — que cette » vérité est prouvée par l'article 662 du Code de procédure civile qui, appliquant le privilège accordé par l'article 2101 aux » frais de justice, porte : « Les frais de poursuite seront prélevés par privilège avant toute créance autre que celle pour » loyers dus au propriétaire ; » *le motif évident de l'exception en faveur du propriétaire est que les poursuites n'ont été d'aucune » utilité pour lui* ; — Considérant que les frais d'administration » d'une faillite n'ont, sous aucun rapport, l'utilité du propriétaire » pour objet..... » La Cour décide que ces frais ne peuvent primer le bailleur sur les meubles garnissant sa maison. En quoi avons-nous à réclamer, dans notre système, contre cette décision ?

Nous n'en pouvons dire autant, sans doute, ni des arrêts des Cours de Paris, des 27 novembre 1814 et 25 février 1832, et de Rouen, du 17 février 1826, ni même de celui de la Cour de cassation, du 30 mars 1849.

Mais prenons les motifs de ces divers arrêts. Le premier, celui de Paris, du 27 novembre 1814, exprime « que l'on n'a jamais » prétendu que les frais funéraires fussent préférables au bailleur. » On a vu, par ce qui précède, ce qui en est de cette assertion ; et comment alors pourrait-on prendre en considération une décision motivée sur une erreur évidente?....

Nous retrouvons la même idée, cependant, dans l'arrêt de la Cour de Paris, du 25 février 1832. Le bailleur, dit cet arrêt, doit être préféré aux gens de service, *parce qu'il a un privilège qui prime tous les autres créanciers*. Le texte de l'article 2102, qui indique certains privilèges comme préférables au bailleur, suffit pour démontrer l'erreur de la Cour.

Nous ne pouvons rien dire de l'arrêt de Rouen, du 17 février 1826. Son seul motif est celui-ci : « Le vendeur ayant un privilège spécial doit primer les gens de service. » C'est, on le voit, la question par la question.

Quant à l'arrêt de la Cour de cassation, du 30 mars 1849, voici ce qu'on y lit : « Attendu que, d'après l'article 2102, les » loyers et fermages ont un privilège *spécial*.....; que, d'après » l'article 2101, les fournitures d'aliments ne jouissent que d'un » privilège *général* sur les meubles; qu'il est de principe que » les privilèges spéciaux l'emportent sur les privilèges généraux » par suite de la règle *generi per speciem derogatur*..... — Que » d'ailleurs cette décision se justifie encore par les articles 661 » et 662 du Code de procédure civile, qui consacrent formelle- » ment la préférence du paiement des loyers et fermages sur » les frais de justice qui, cependant, sont les premières créances » qui ont des privilèges généraux. »

La contradiction est évidente entre cet arrêt et celui du 20 août 1821, cité plus haut, en ce qui concerne l'interprétation de l'article 662 du Code de procédure civile. — Nous avons établi que la seule vraie est celle donnée par l'arrêt de 1821.

Ajoutons maintenant que l'application faite à l'espèce de la règle *generi per speciem derogatur* n'est pas exacte non plus. Cette règle est tirée de la loi 80 ff., *De reg. juris*.

Cujas nous apprend<sup>1</sup> que ce principe avait été posé d'abord à l'égard des testaments, et pour le cas où il avait été légué à l'un un genre (*genus*) et à l'autre une espèce (*species*) comprise dans ce genre. — On expliquait la contradiction existante entre ces deux dispositions en donnant la préférence à l'espèce (*species*), parce que l'on disait que la pensée du testateur avait été appelée d'une manière plus spéciale sur l'objet déterminé (*species*) par lui légué.

Appliquant ensuite la même règle à l'interprétation des lois Cujas la restreint singulièrement. Il suppose qu'une sanction, une peine générale a été édictée dans une loi composée de plusieurs chapitres, et ensuite qu'une sanction spéciale a été appliquée aux dispositions de l'un de ces chapitres. Il donne la préférence à la sanction spéciale. C'est encore en ce sens que

<sup>1</sup> Lib. 1, *Definit. Papin.*, t. IV, col. 708, 709 et 1311, édit. de 1606. — *Comment. in tit. Dig., De reg. juris*, L. 80, t. II, col. 1827.

cette règle de droit est tous les jours suivie lorsqu'il s'agit de lois spéciales qui ont dérogé à la règle commune.

Pothier, dans ses *Pandectes*<sup>1</sup>, paraît aussi limiter à ce dernier cas l'application de la règle lorsqu'il s'agit d'expliquer deux dispositions de loi qui sont contraires entre-elles. Après avoir reproduit le texte de la loi 80, il la commente ainsi :

« *Lex quæ specialiter disponit, dit-il, in casu de quo agitur, prævalit legi quæ generalem regulam continet.* »

On peut croire, sur la foi de pareilles autorités, que la Cour de cassation a fait une fausse application du principe.

Il n'y a pas contradiction entre l'article 2101 et l'article 2102. Après avoir préféré aux créanciers chirographaires ceux dont elle énumère les titres dans ces deux articles, la loi devait régler le rang de préférence entre eux. Évidemment elle a considéré comme plus favorable celui auquel elle donnait un privilège général que celui auquel elle n'attribuait qu'un privilège limité. Cela ressort de toute la discussion à laquelle nous nous sommes livré, et alors, si l'on voulait appliquer à la question les règles du Droit romain, il n'y aurait qu'à choisir entre celles-ci : « *Semper specialia generalibus insunt* (L. 147 ff., *De reg. jur.*). — *In eo quod plus sit, semper inest et minus* (L. 110 *eod.*). — *Non debet cui plus licet, quod minus est non licere* » (L. 21 *eod.*). »

La conclusion ensuite aurait été facile : celui qui est préféré aux autres créanciers sur les meubles et sur les immeubles doit l'être sur une partie de cette généralité comme il l'est sur le tout : *in toto pars continetur* (L. 113, *De reg. jur.*)

XII. Enfin ce système peut se prévaloir de l'opinion émise par les Cours de Paris, de Pau et de Poitiers, à l'occasion de la réforme hypothécaire projetée en 1841. Mais d'abord à ces trois Cours, qui ont pensé que les privilèges spéciaux devaient l'emporter sur les privilèges généraux, nous opposerons les huit autres qui se sont prononcées en faveur des privilèges généraux. C'est déjà la majorité.

Nous ferons observer ensuite que la Cour de Paris admet la préférence pour les frais de justice et les frais funéraires.

L'article 2101 n'ayant pas fait de distinction, toutes les

<sup>1</sup> *De reg. jur.*, n° 77.

créances qu'il énumère doivent passer avant les privilèges spéciaux, tant que cet article ne sera pas abrogé.

La Cour de Pau voudrait que les privilèges spéciaux fussent préférés aux privilèges généraux, aussi bien sur les meubles que sur les immeubles, à l'exception des frais de justice faits dans l'intérêt commun. Il y a, dit-elle, *même raison de décider* lorsqu'il s'agit du mobilier que lorsqu'il s'agit des immeubles.

S'il y a *même raison de décider*, la préférence est acquise aux privilèges généraux, tant que l'article 2105, qui leur accorde cette préférence sur les immeubles, continuera d'être en vigueur.

A l'égard de la Cour de Poitiers, nous ne pouvons pas expliquer sa délibération, car elle ne donne aucuns motifs, et son rapporteur plaide presque dans toute son œuvre en faveur des privilèges généraux.

XIII. Dès que l'article 2101 a donné, selon nous, la préférence aux privilèges généraux d'une manière absolue, nous n'avons pas à discuter le troisième système, qui se fonde principalement sur ce qu'il n'existe dans le Code aucune disposition qui ait réglé le rang de ces privilèges sur le mobilier.

Nous nous bornons à faire remarquer que ce système conduirait à des conséquences fâcheuses, puisque ses partisans eux-mêmes sont tous en désaccord sur le rang que chaque privilège général devrait obtenir. C'est parce que ces incertitudes existaient sous l'ancien droit, parce que chaque parlement, chaque tribunal avait une jurisprudence différente, que le Code a voulu faire cesser ces divergences, toujours compromettantes pour les créances *sacrées* de l'article 2101, en adoptant comme règle l'opinion la plus générale, et celle surtout du parlement de Paris que nous avons rappelée.

XIV. En résumé donc, le premier système a pour lui une autorité que ne peuvent détruire ni même affaiblir les arguments fournis à l'appui des systèmes rivaux. Ce système repose sur une tradition que la loi nouvelle a recueillie; toutes les discussions auxquelles nous avons fait appel en témoignent d'une manière irrécusable. La Cour de cassation l'avait pressenti dans son arrêt de 1821 qui, restitué à sa signification précise, est favorable plutôt que contraire, on vient de le voir, aux privilèges généraux; elle s'en est momentanément écartée par son arrêt de 1849; mais elle y fait retour aujourd'hui par celui du 25 avril 1854. Nous voudrions espérer, dans l'intérêt des principes et

dans celui de la vérité, que là s'arrêteront les fluctuations de la jurisprudence, toujours si fâcheuses dans les matières essentiellement pratiques, et que ramenées par la grande autorité de la Cour suprême, les opinions dissidentes se détacheront de théories contre lesquelles protestent toutes les idées de justice.

J. LE MENUET.

**DES EFFETS DE LA LOI DU 23 MARS 1855,  
PAR RAPPORT A L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ  
PUBLIQUE.**

Dissertation par M. CABANTOUS, professeur de droit administratif  
à la Faculté d'Aix.

Lorsque le législateur croit devoir changer des règles longtemps appliquées, qui étaient entrées dans les habitudes des populations, qui se conciliaient avec les exigences de la vie civile, et dont l'autorité avait été consacrée par un grand nombre de lois particulières, il arrive inévitablement que les intérêts s'alarment, que la pratique hésite, et que l'harmonie générale de la législation semble troublée. Ces résultats ordinaires de toute innovation, qui imposent sans doute la plus grande circonspection au législateur, mais qui ne doivent pas l'empêcher de réaliser les changements reconnus nécessaires, se sont déjà produits et se révéleront de plus en plus, à l'occasion de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. Nous ne doutons pas que le temps et l'expérience ne suffisent pour rassurer les intérêts, et pour fournir à la pratique les meilleurs moyens de satisfaire aux nouvelles dispositions qui lui sont prescrites. Mais au point de vue des lois, au sujet de leurs rapports mutuels et de la conciliation des textes anciens avec les textes nouveaux, les incertitudes sont plus sérieuses et les difficultés plus graves. A cet égard, l'expérience a besoin d'être aidée et même devancée par la discussion; le temps seul serait impuissant si le concours des jurisconsultes lui manquait. Nous croyons donc utile et opportun, quoique la loi sur la transcription en matière hypothécaire ne doive être exécutoire qu'à

partir du 1<sup>er</sup> janvier 1856, d'examiner dès maintenant une des plus intéressantes questions auxquelles peut donner lieu son rapprochement avec l'ensemble des lois en vigueur, en étudiant sa portée et son influence par rapport à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Constatons d'abord le vrai caractère et l'objet précis des changements apportés par la loi du 23 mars 1855 à l'état antérieur de la législation. Ces changements sont au nombre de deux principaux, qui renferment et résument tous les autres. Le premier consiste en ce que la transcription sera désormais le seul moyen de rendre efficace à l'égard des tiers la transmission des droits réels immobiliers, non-seulement, comme auparavant, en matière de donations entre-vifs ou de substitutions, mais, en outre, dans tous les cas où elle n'était, d'après le Code Napoléon, qu'une formalité préalable à la purge des privilèges et hypothèques. Le second résulte de ce que la transcription aura pour effet d'empêcher *immédiatement*, au moins en règle générale, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque, de prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire; tandis qu'ils le pouvaient encore durant un délai de quinzaine, aux termes des articles 834 et 835 du Code de procédure civile.

Ces deux innovations sont certainement très-considérables, et leur importance justifie la vivacité des débats dont elles ont été l'objet, la seconde surtout, au sein du Corps législatif. Il s'agit de savoir si elles doivent être appliquées en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, ou si, au contraire, la législation spéciale qui régit cette matière reste absolument en dehors de leur action. Pour comprendre l'intérêt pratique de cette question, un examen rapide du droit exceptionnel dont le maintien est en cause, nous paraît d'abord nécessaire.

La loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, n'est ni très-précise ni très-claire en ce qui concerne les effets, par rapport aux tiers, soit du jugement d'expropriation, soit des cessions amiables entre les particuliers et l'administration. Les discussions des deux chambres ne fournissent même, à cet égard, que très-peu de lumières, malgré la part animée et active qu'y prirent plusieurs jurisconsultes fort instruits et fort renommés. Au milieu de nombreuses contradictions entre les divers orateurs, il est cependant possible de reconnaître la véritable pensée du législateur, soit par l'analyse

exacte et approfondie de la rédaction définitivement adoptée, soit à l'aide des déclarations publiquement faites au nom du gouvernement, soit enfin et surtout par l'interprétation qui a prévalu dans la pratique. Au moyen de tous ces éléments, le système de la loi du 3 mai 1841, sur le point que nous discutons, peut être ainsi résumé : le jugement d'expropriation et les actes de cession amiable ont pour effet, par eux seuls et indépendamment de toute formalité ultérieure, de convertir les droits sur l'immeuble en droits sur le prix, de substituer aux actions réelles de simples créances privilégiées. La transcription, il est vrai, est prescrite à l'administration, mais uniquement pour la garantie du trésor public, afin de ne pas l'exposer à payer deux fois, et non en ce sens que les tiers soient recevables à se prévaloir de son omission. Si l'administration veut courir la chance de mal payer, elle peut ne pas purger, et a dès lors la faculté de ne point transcrire, sans que pour cela son titre d'acquisition cesse d'être opposable aux tiers aussi bien qu'à l'ancien propriétaire. Telle est l'explication naturelle et directe de ces expressions contenues dans l'article 19 de la loi précitée : « Le défaut d'accomplissement des formalités de la purge des hypothèques n'empêche pas l'expropriation d'avoir son cours, sauf, pour les parties intéressées, à faire valoir leurs droits ultérieurement sur le prix. » Et ce qui fait ressortir encore davantage l'exactitude de cette interprétation, c'est qu'aux termes de ce même article 19, l'administration est autorisée, sauf les droits des tiers et sans accomplir les formalités de la purge, à payer le prix des acquisitions dont la valeur ne s'élèverait pas au-dessus de 500 francs : ce qui signifie que, pour ces acquisitions de faible importance, l'administration, certaine de ne pouvoir être dépossédée, assume le risque de payer deux fois, pour éviter des lenteurs préjudiciables à l'exécution des travaux. Voilà, en abrégé, l'esprit et le sens des dispositions de la loi du 3 mai 1841, relativement aux effets de la transcription pour l'administration.

Quant aux effets de la transcription par rapport aux créanciers privilégiés ou hypothécaires de l'ancien propriétaire, la loi du 3 mai 1841 oblige ces créanciers, s'ils veulent conserver leur droit sur le prix, à prendre inscription dans le délai de quinzaine à partir de l'accomplissement de cette formalité, réservant seulement aux femmes, mineurs et interdits, à raison de



leurs hypothèques légales dispensées d'inscription, la faculté de se présenter dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix convenu ou de l'indemnité fixée par le jury spécial, tant que cet ordre n'aura pas été réglé définitivement entre les créanciers. Ici, à la différence de ce que nous avons constaté pour les effets et la portée de la transcription relativement à l'administration, le texte de la loi du 3 mai 1841 est parfaitement clair et précis : aucun doute sérieux ne peut s'élever sur son véritable sens.

Comparées au droit commun, antérieur à la loi du 23 mars 1855, les dispositions que nous venons d'analyser s'en éloignent sous un rapport essentiel, mais le confirment ou le complètent sous tous les autres. La grande dérogation qui en résulte, c'est qu'elles garantissent l'administration contre toute dépossession de la part des tiers, c'est qu'elles convertissent tous les droits de suite en simples droits de préférence; mais cet effet exceptionnel est rattaché par elles au seul acte dont le Code Napoléon faisait dépendre la pleine transmission de la propriété, même vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire au consentement mutuel des parties ou au jugement d'expropriation qui en tient lieu. Elles ne changent pas le caractère et l'objet de la transcription; elles n'en font pas le seul moyen de rendre la transmission opposable aux tiers; elles ne la prescrivent à l'administration qu'en vue de la purge des privilèges ou hypothèques, et l'en dispensent formellement pour les acquisitions amiables de faible valeur. Elles laissent d'ailleurs aux créanciers ayant privilège ou hypothèque sur le précédent propriétaire, la faculté de prendre utilement inscription, tant que la transcription n'a pas eu lieu et durant un délai de quinzaine après son accomplissement. Elles font plus en faveur des femmes mariées, mineurs et interdits : résolvant une question laissée indécise par le Code Napoléon, et très-controversée en doctrine et en jurisprudence, elles réservent expressément, au profit de ces diverses classes de créanciers, même en l'absence de toute inscription, la conservation de leur droit de préférence, nonobstant la perte antérieure de leur droit de suite par le seul effet de la vente amiable ou du jugement d'expropriation.

Comme on le voit, la loi du 3 mai 1841 maintient à la transcription ses caractères essentiels et ses effets ordinaires, tels qu'ils résultaient du Code Napoléon, ainsi que des articles 834

et 835 du Code de procédure civile. Aujourd'hui que, par une double dérogation à la législation antérieure, la loi du 23 mars 1855 fait de la transcription le signe indispensable et immédiat de l'acquisition du droit de propriété immobilière à l'égard des tiers, le point de partage entre leur pleine liberté de pourvoir à leurs intérêts et leur complète forclusion, il s'agit de savoir si ces deux grandes innovations doivent réagir sur la loi spéciale en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, ou si, au contraire, elles en laissent les dispositions entièrement en vigueur et sans atteinte. Question grave et difficile en théorie, féconde d'ailleurs en conséquences pratiques du caractère le plus usuel. Demander, en effet, si la loi du 23 mars 1855 est applicable à l'expropriation pour cause d'utilité publique, c'est demander, en d'autres termes :

1° Si contrairement à la loi du 3 mai 1841, mais conformément à celle du 23 mars 1855, l'administration sera obligée de faire transcrire ses contrats d'acquisition postérieurs aux arrêtés du préfet qui déterminent les terrains nécessaires aux travaux, ou les jugements d'expropriation qu'elle aura obtenus, pour pouvoir les opposer aux tiers, quelle que soit d'ailleurs l'exiguïté de valeur des immeubles acquis ou expropriés ;

2° Si contrairement à la loi du 3 mai 1841, mais conformément à celle du 23 mars 1855, les créanciers privilégiés ou hypothécaires qui voudront conserver leur droit de préférence sur le montant du prix ou de l'indemnité, cesseront de pouvoir prendre inscription sur le précédent propriétaire par le seul fait et dès le moment même de la transcription ;

3° Si contrairement à la loi du 3 mai 1841, mais conformément à celle du 23 mars 1855, les veuves, les mineurs devenus majeurs, les interdits relevés de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause, qui n'auraient pas rempli les conditions et formalités prescrites par les art. 8 et 10 de cette dernière loi, seront déchus de leur droit de préférence sur le montant du prix ou de l'indemnité.

La gravité de ces questions, soit pour les particuliers, soit pour l'administration, relativement aux intérêts privés, comme en vue d'une prompté exécution des travaux publics, montre assez combien est utile et nécessaire la discussion du principe dont dépend leur solution.

Après avoir ainsi déterminé l'objet du débat et essayé d'en

mesurer la portée, nous entrons immédiatement dans ce qui fait le fond de la controverse.

Deux règles également incontestables dominent la discussion : l'une, suivant laquelle les lois plus récentes prévalent sur celles plus anciennes; l'autre, consistant à dire que les lois générales, à moins qu'elles n'en aient une disposition expresse, ne dérogent pas aux lois spéciales. En fait, la loi du 23 mars 1855 ne contient aucun article portant abrogation totale ou partielle de celle du 3 mai 1841. Il ne reste donc plus qu'à rechercher si, dans le silence du législateur, certaines modifications ne devraient pas être induites par voie d'incompatibilité; en d'autres termes, si la loi plus récente, précisément parce qu'elle est générale, ne comprendrait pas nominativement ou virtuellement les cas prévus par la loi spéciale plus ancienne.

Les deux premiers articles de la loi du 23 mars 1855, en énumérant les actes qui doivent être transcrits, déterminent par cela même les cas auxquels s'applique la nouvelle législation. Le caractère de l'énumération contenue dans ces deux articles est essentiellement limitatif, au lieu d'être purement énonciatif. C'est ce qui résulte clairement, soit de leur texte, soit de l'esprit dans lequel ils ont été rédigés et votés. Le législateur a voulu signaler tous les actes qui devraient être transcrits, et affranchir par conséquent de cette formalité tous ceux qu'il omettrait. Lors de la discussion au Corps législatif, un des membres de la commission, M. Duclos, fit vivement ressortir cette conséquence inévitable de la rédaction proposée, et, craignant que toute nomenclature ne fût incomplète, il demandait que les deux premiers articles du projet de loi se bornassent à poser des principes généraux, au lieu de préciser des espèces particulières. Nonobstant cette observation dont la justesse ne fut pas contestée, la rédaction fut votée telle qu'elle était proposée, avec la pensée bien arrêtée d'exclure tous les actes qui ne seraient pas formellement désignés. Aussi reconnut-on unanimement, dans le cours de la discussion, que la nécessité de la transcription ne s'appliquait ni aux testaments, ni aux actes portant renonciation à succession, ni aux actes de partage. Des raisons particulières d'exclusion peuvent sans doute exister pour chacune de ces classes d'actes; mais la raison décisive et qui leur est commune à toutes, c'est leur omission dans la nomenclature législative. Les jugements d'expropriation

pour cause d'utilité publique ne devront donc être considérés comme soumis à la nécessité de la transcription, qu'autant qu'ils auraient été compris dans l'énumération faite par les deux premiers articles de la loi du 23 mars 1855.

Parmi les cas où la transcription est expressément ordonnée, le seul qui présente quelque analogie avec un jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique, est celui concernant les jugements d'adjudication. Ces jugements, autres que ceux rendus sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant, doivent incontestablement être transcrits, aux termes du n° 4 de l'article 1<sup>er</sup> de la loi précitée. Mais les jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique sont-ils légalement compris au nombre des jugements d'adjudication? Nous ne saurions le penser : les règles du langage, les formes de procédure, les principes élémentaires du droit rendent également impossible toute assimilation entre eux. Jamais la loi du 3 mai 1841 ne désigne le jugement d'expropriation sous le nom de jugement d'adjudication; elle n'emploie jamais une locution pour l'autre. La procédure qu'elle établit, est essentiellement distincte de celle suivie en matière d'adjudication : point d'intervention obligatoire des parties privées; point de ministère d'avoués; point de mise aux enchères. Au fond, les différences ne sont ni moins nombreuses, ni moins radicales. Le jugement d'adjudication est rendu dans l'intérêt commun des créanciers et sur les poursuites de l'un d'eux; tandis que le jugement d'expropriation est prononcé à la requête de l'administration et en vue de l'exécution des travaux publics. D'un côté, ce sont des droits privés qui sont seuls en cause; de l'autre, c'est le droit de propriété qui est obligé de fléchir devant la raison d'utilité générale. Dans le premier cas, la faculté de surenchérir est formellement réservée aux créanciers; dans le second, elle leur est expressément retirée. Les deux jugements ne se ressemblent que par leur résultat commun : l'abandon forcé de la propriété; mais, sous tout autre rapport, ils diffèrent entre eux de la manière la plus profonde et la plus absolue. Une disposition législative, concernant les jugements d'adjudication, ne doit donc pas être étendue aux jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique. Cette dernière classe de jugements, ne rentrant dans aucun des cas prévus par la loi du 23 mars 1855, reste affranchie de la nécessité de la transcription.

Nous croyons cette démonstration décisive et sans réplique, relativement aux jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique ; mais, suivant nous, ce ne sont pas seulement ces jugements qui échappent à l'application de la loi du 23 mars 1855. Ce sont aussi ces actes d'aliénation, amiablement consentis par les propriétaires, pour leurs biens sujets à expropriation, c'est-à-dire compris dans les plans déposés aux mairies en vertu des arrêtés du préfet. Ici, nous le reconnaissons, la difficulté paraît plus grave. Le n° 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup> de la loi précitée, en soumettant à la transcription tout acte entre-vifs, translatif de propriété immobilière, semble comprendre dans sa disposition les actes de cette nature entre un particulier et l'administration, aussi bien qu'entre particuliers. Et, en effet, cette disposition s'applique incontestablement aux acquisitions amiables faites par l'administration antérieurement aux arrêtés du préfet, qui ouvrent la procédure en expropriation pour cause d'utilité publique ; mais du moment que cette procédure est commencée, du moment que le propriétaire est sous le coup d'une inévitable expropriation, on ne peut plus dire qu'il conserve la pleine disposition de sa propriété, ou que la cession par lui consentie soit absolument libre et volontaire. Cette cession n'est qu'une sorte d'expropriation anticipée, un véritable traité à forfait par lequel le propriétaire échange contre un paiement immédiat les chances qu'il pourrait avoir d'obtenir ultérieurement du jury spécial un prix plus élevé. Dans une telle situation, la partie n'est plus égale entre les contractants ; la vente équivaut à une espèce de transaction intermédiaire entre les ventes forcées et les ventes volontaires ; elle a plutôt l'apparence que la réalité des caractères d'un contrat. Or, c'est bien certainement aux actes translatifs de propriété immobilière, dont l'essence est d'être contractuels, et seulement à ceux-là que s'applique la disposition précitée. La preuve en est qu'il a fallu une autre disposition pour soumettre à la transcription les jugements d'adjudication. Concluons que les acquisitions amiables, faites par l'administration, postérieurement aux arrêtés du préfet, n'étant pas de véritables contrats, ne tombent pas sous l'application du n° 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 23 mars 1855. C'est aux jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique, que ces acquisitions doivent être et sont, en effet, assimilées par la loi du 3 mai 1841, qui accorde dans les deux cas les

mêmes facilités, les mêmes faveurs, les mêmes dispenses de droits fiscaux. Mais nous venons de démontrer que la nécessité de la transcription, établie par la loi du 23 mars 1855, ne s'applique pas aux jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique. Elle ne s'applique donc pas non plus aux acquisitions amiables faites par l'administration postérieurement aux arrêtés du préfet.

L'administration, sous l'empire de la nouvelle loi sur la transcription comme auparavant, pourra se dispenser de faire transcrire les titres, qui n'en seront pas moins opposables aux tiers, conformément à la loi spéciale du 3 mai 1841. Telle est la conséquence pratique à laquelle l'analyse des textes et le raisonnement nous ont conduit. Mais l'administration qui peut négliger la transcription, peut aussi l'employer, et, en fait, elle a soin d'accomplir cette formalité toutes les fois qu'il s'agit d'une acquisition de quelque importance. Il est, en outre, facile de prévoir que, pour éviter des débats dont l'issue pourrait être douteuse, elle l'accomplira plus fréquemment encore à partir de l'époque où la nouvelle loi sera devenue exécutoire. La transcription, quoique non obligatoire, aura donc souvent lieu en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Dans ce cas, les créanciers privilégiés ou hypothécaires continueront-ils à jouir, pour l'inscription de leurs privilèges ou hypothèques, du délai de quinzaine que leur accorde la loi du 3 mai 1841, ou seront-ils déchus de la faculté de prendre inscription, dès le moment même et par le seul fait de la transcription ? c'est là le second point de vue sous lequel doit être considérée la question générale que nous examinons, et c'est celui qui présente le plus d'intérêt pratique, qui est susceptible de donner lieu aux plus fréquentes applications.

A s'en tenir au texte de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855, qui porte d'une manière générale, qu'à partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne peuvent plus prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire, il semblerait que le fait seul de la transcription, lors même qu'il aurait été accompli dans quelqu'un des cas où on aurait pu légalement s'en dispenser, suffit pour empêcher toute inscription efficace sur le précédent propriétaire. Telle n'est pas cependant la conséquence à laquelle il convient de s'arrêter. La loi que nous discutons forme un tout complet et homogène, dont les

diverses parties doivent être ramenées à une pensée unique et commune. L'article 6, n'étant que le corollaire des articles 1 et 2, reçoit nécessairement dans son application les mêmes restrictions que ces deux articles. Or, nous avons prouvé que le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique reste en dehors de l'obligation de transcrire : il est donc affranchi de la nécessité, pour les créanciers, de faire inscrire leurs privilèges ou hypothèques avant la transcription. Il serait d'ailleurs étrange que la loi spéciale du 3 mai 1841 fût maintenue au profit de l'administration, abrogée au préjudice des particuliers. Elle ne peut pas plus être scindée que la loi nouvelle sur la transcription. Le droit exceptionnel qu'elle établit pour la transmission de la propriété immobilière, ou doit être conservé en entier, ou doit complètement disparaître. Nous avons démontré qu'il est conservé en ce qui touche la transcription des titres de propriété : il l'est aussi, par conséquent, en ce qui concerne l'inscription des privilèges et hypothèques.

Quant au troisième et dernier rapport sous lequel nous nous sommes proposé de comparer la loi du 23 mars 1855 avec celle du 3 mai 1841, c'est-à-dire, quant à la question de savoir si les veuves, les mineurs devenus majeurs, les interdits relevés de l'interdiction seront astreints, pour la conservation de leurs hypothèques légales, à l'accomplissement des conditions prescrites par la nouvelle loi, ou si, au contraire, ils pourront invoquer tous les avantages résultant pour eux des dispositions de la loi spéciale : notre discussion, sur ce point, ne sera ni longue ni difficile. Les principes sont les mêmes qu'à l'égard de la généralité des créanciers ayant privilège ou hypothèque ; les raisons de douter et celles de décider sont aussi les mêmes. La solution doit donc être identique dans les deux cas, et, en nous référant aux développements déjà donnés, nous n'avons qu'à conclure qu'en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, les créanciers ayant des hypothèques légales dispensées d'inscription, continueront, nonobstant la nouvelle loi, à jouir de toutes les faveurs que la loi spéciale leur assure, de même que les autres créanciers privilégiés ou hypothécaires conserveront aussi les délais qui leur sont accordés par cette loi spéciale.

Nous avons dû étudier séparément les divers éléments de la question complexe qu'il s'agissait de résoudre, afin de rendre

la démonstration plus complète et plus précise. Réunissant maintenant les trois solutions particulières que nous avons déduites de l'examen des textes, nous les résumons en cette proposition générale qui leur sert à la fois de lien mutuel et de conclusion définitive : la loi du 3 mai 1841 n'est aucunement atteinte ni modifiée par l'effet de celle du 23 mars 1855 ; en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, les règles concernant la transcription, soit à l'égard de l'administration, soit par rapport aux créanciers, restent exactement et complètement ce qu'elles étaient auparavant.

Nous pourrions borner là notre dissertation, si nous avions seulement pour but de mettre en lumière ce qui résulte des lois ; mais en une matière si grave et si féconde en conséquences pratiques, au début d'une législation nouvelle qui n'a pas encore reçu le contrôle et la sanction de l'expérience, notre tâche nous semblerait incomplètement remplie si, après avoir exposé la pensée du législateur, nous n'essayions de la justifier ; si, après avoir cherché à montrer ce qui est, nous ne tentions d'en prouver la parfaite conformité avec les principes généraux du droit. Nous disons que le législateur de 1855, en laissant absolument en dehors des dispositions nouvelles qu'il prescrivait, le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, a fait une exacte appréciation des exigences d'une matière toute spéciale, a témoigné d'un judicieux esprit de prudente réserve. Peu de mots suffiront pour l'établir.

L'expropriation pour cause d'utilité publique étant destinée à faire passer les immeubles qui en sont l'objet, non dans le domaine de l'État, mais dans le domaine public, il fallait qu'aucun intérêt privé ne pût empêcher ce résultat de s'accomplir, et que l'accomplissement en fût assuré le plus tôt possible. C'est pour atteindre ce double but que le législateur de 1841 a cru devoir, d'une part, convertir tous les droits de suite en simples droits de préférence ; tandis que, d'autre part, il attachait cet effet au titre d'acquisition lui-même, contractuel ou judiciaire, indépendamment de toute formalité ultérieure. En échange de cette rigueur nécessaire, consistant à faire perdre tout droit de suite, il était naturel et logique d'accorder les plus grandes facilités pour la conservation et l'exercice des droits de préférence. Ainsi s'explique et se justifie tout le système de la loi du 3 mai 1841. L'administration est immédiatement garantie contre toute pos-



sibilité de dépossession, et elle reste seule juge de l'intérêt qu'elle peut avoir à mettre en demeure ceux qui ont des droits de préférence à exercer. Ces droits, à leur tour, sont toujours réservés et assurés, quelle que soit la détermination qu'elle prenne. L'accomplissement ou l'omission des formalités prescrites n'intéresse que l'administration. Si elle les remplit, elle acquiert la certitude de ne payer qu'une fois ; si elle les néglige, elle risque d'être obligée de payer deux ou plusieurs fois ; mais dans tous les cas, l'État qui, à la différence des particuliers, est toujours solvable, offre aux créanciers pleine et entière sécurité. La transcription qui, d'après le nouveau droit commun, est prescrite autant et plus dans l'intérêt des tiers que dans celui du nouveau propriétaire, ne l'est et ne peut l'être, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, qu'en vue et pour la garantie de l'administration. Le droit spécial établi par la loi du 3 mai 1841 exclut donc, par sa nature et son but, toute application possible du nouveau droit commun, et c'est avec raison qu'il a été virtuellement, sinon expressément réservé par la loi du 23 mars 1855.

Une dernière considération peut encore être invoquée à l'appui de la thèse que nous soutenons. Le motif véritable et officiellement déclaré, pour lequel on a rétabli la transcription avec les caractères et les effets que lui donnait la loi du 11 brumaire an VII, a été la nécessité de rendre possible aux tiers, par un acte extérieur et public, la connaissance des transmissions immobilières qui peuvent les intéresser. Ce motif n'existait pas relativement à l'expropriation pour cause d'utilité publique. La loi du 3 mai 1841 avait déjà pourvu, dans les plus larges proportions, à ce besoin de publicité. Première enquête avant la déclaration d'utilité publique ; deuxième enquête avant la désignation définitive des propriétés à exproprier ; avertissements collectifs par voie de proclamations, d'affiches, d'insertions dans les journaux ; publication, par les mêmes moyens, soit du jugement d'expropriation, soit des actes portant acquisition amiable. Tant de formalités concourant au même but, tendant toutes à entourer l'expropriation de la plus grande comme de la plus solennelle publicité, ne laissaient rien à faire au nouveau législateur. Dans ce vaste ensemble de tous les moyens connus de publication, la transcription n'avait et ne pouvait avoir d'utilité que pour la purge des privilèges et hypo-

thèques. C'est dans ce but limité que la loi du 3 mai 1841 la prescrivait, et c'est dans ce but unique qu'elle reste encore nécessaire, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, nonobstant les dispositions générales de la loi du 23 mars 1855.

L. CABANTOUS.

## BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE LA SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE, par M. DUTRUC ;

TRAITÉ DU PARTAGE DE SUCCESSION, par le même ;

DES CONSÉQUENCES DES CONDAMNATIONS PÉNALES RELATIVEMENT A LA CAPACITÉ DES PERSONNES, par M. HAMBERT ;

DE LA RÉCONVENTION, par M. TEMPIER.

Compte rendu par M. DE VALROGER, professeur à la Faculté de droit de Paris.

L'histoire générale de notre droit peut dès maintenant être esquissée d'une manière plus ou moins heureuse ; mais elle ne sera définitivement éclaircie que par un travail successif de monographies. Ce n'est que dans une série d'études particulières que pourront être approfondies les questions innombrables qui troublent et rendent perplexe l'historien du droit, quand il parcourt tant d'époques et d'institutions. La vie d'un homme, et des plus laborieux, n'y suffirait pas.

Nous comprenons aisément que le jurisconsulte qui écrit un traité sur quelque matière pratique répugne à remonter, à travers les époques obscures, jusqu'aux premières origines de son sujet. Il se trouverait arrêté par beaucoup de questions générales dont dépend la solution des questions particulières, et qui ne peuvent se traiter incidemment. Beaucoup de labeur courrait risque de donner peu de fruit. Mais à partir d'une certaine époque, l'histoire de notre droit civil est éclairée d'une manière qui permet de la connaître, non plus par conjecture mais avec sûreté, non plus seulement dans ses grands traits mais dans tous ses détails. La rédaction officielle des coutumes, des ordonnances publiées de temps à autre, et surtout les monuments de la jurisprudence et de la doctrine présentent de telles res-

sources, qu'on est embarrassé moins par le défaut de renseignements que par leur surabondance.

Nous regrettons de voir que les auteurs de traités spéciaux ne comprennent pas assez ce qu'on attend d'eux sous ce rapport. Outre qu'en s'enfermant dans la pratique actuelle, ils laissent une lacune regrettable dans des œuvres spéciales, auxquelles on pardonne moins d'être incomplètes; ils se privent de beaucoup de lumières. L'étude approfondie des anciens auteurs les préparerait merveilleusement à l'intelligence et à l'exposition du droit nouveau.

Voici par exemple deux traités publiés par M. Dutruc, l'un en 1853 sur la séparation de biens judiciaires, l'autre en 1855 sur le partage de succession. Ces deux ouvrages sont composés très-sérieusement. Toutes les questions qu'a fait naître la pratique y sont rassemblées avec méthode et discutées avec soin. La doctrine et la jurisprudence contemporaines ont été laborieusement consultées. Nous croyons, en un mot, que le sujet a été étudié sous toutes ses faces, hormis une, la moins pratique sans doute. Mais M. Dutruc n'a-t-il entendu s'adresser qu'à des praticiens, aux avoués? Tout témoigne qu'il a voulu écrire pour les jurisconsultes et il était capable de le faire. Pourquoi alors a-t-il tellement concentré son attention sur le présent qu'il ait à peine, en passant, jeté quelque regard fugitif sur le passé?

Dans son traité de la séparation de biens, M. Dutruc se borne à constater que cette séparation a son point de départ dans le régime dotal du droit romain qui autorisait la femme à demander la restitution de sa dot dès avant la dissolution du mariage, *ob inopiam mariti* (Ulp., fr. 24, Dig., *Solutio matrimonio*. — *Si dotem ita dissipaturus... est ut non hominem frugi oportet* (Ulp. *ibid.*, fr. 22. — *Si male res maritus gubernet*. (Justin., nov. 97, c. 6.)— Cela suffit pour expliquer la séparation de biens dans le régime dotal de nos pays de droit écrit, mais non pour rendre compte de son introduction dans le régime de communauté. On sait que le droit de la femme paraît n'avoir été dans les coutumes des Germains, qu'un droit de succession à une part des produits de la collaboration. Ce droit, en se transformant avec le temps, devint un droit de communauté. Mais le mari conserva, sur le gouvernement des affaires communes,

un pouvoir presque absolu qui cadrerait peu avec les principes des sociétés. Ce pouvoir exorbitant eut pour correctifs les droits accordés à la femme de renoncer à la communauté dissoute, de n'être tenue, même en acceptant, que jusqu'à concurrence de son émolument, enfin, d'avancer par une séparation de biens, l'époque de la dissolution. De tout cela il est résulté un système savant qui ne se constitua que pièce à pièce. Chacun de ces droits accordés à la femme pour balancer les pouvoirs si grands du mari, a son histoire et sa date distinctes. Le droit romain ne détermina pas seul l'introduction de la séparation de biens dans le régime de la communauté. Les principes du mandat et de la société y contribuèrent aussi; il y avait à étudier les influences et le caractère particulier de la séparation de biens sous ce régime.

L'absence des recherches historiques que comportait le sujet est plus choquante encore dans le *Traité du partage* du même auteur. Dès les premières pages il signale le caractère nouveau que le partage a reçu dans le droit français. Mais était-ce assez de le signaler? Certes si jamais il y eut lieu de s'arrêter et de s'étendre sur la formation d'un principe, c'est bien quand on en rencontrait un dont le droit français a tout l'honneur. M. Dutruc en s'inspirant d'études déjà faites sur ce point d'histoire, aurait eu à y ajouter, car ce sujet, touché plusieurs fois, n'a pas encore été traité sous toutes ses faces. Il y avait à marquer les pas successifs que fit la doctrine française. Comment on distingue d'abord cette aliénation des autres comme nécessaire, pour en venir ensuite à nier même qu'il y eût aliénation; comment le caractère déclaratif du partage fut proclamé, d'abord au cas de partage en nature, puis au cas de partage avec soulte, puis même au cas de licitation; comment ce principe nouveau, invoqué d'abord relativement aux droits seigneuriaux de mutation, fut appliqué ensuite aux actes faits par les cohéritiers pendant l'indivision, et reçut enfin, non sans résistance, une nouvelle application absolue: le fisc seul refusa de l'accepter et de s'y plier. En étudiant cette génération du principe français dont les applications heurtant les idées reçues ne se firent admettre qu'une à une, M. Dutruc aurait été conduit à l'analyser plus profondément qu'il ne l'a fait. Il ne se fût pas borné à répéter, après tant d'autres, que ce principe consacre une *fiction*; il eût peut être reconnu qu'il n'y a pas plus de fic-

tion dans l'article 883 que dans l'article 1179, dans l'effet rétroactif attaché au partage, que dans l'effet rétroactif attaché à l'accomplissement de la condition suspensive ou résolutoire. En effet ne peut-on pas dire que l'héritier est saisi de la totalité de chaque bien héréditaire sous une condition suspensive, et qu'il n'est saisi de rien que sous une condition résolutoire?

Après tout le point de vue pratique auquel M. Dutruc s'est placé explique la lacune que nous signalons. Mais nous en remarquons une semblable dans une autre monographie où elle a plus droit de nous surprendre. Un ancien élève de la Faculté de droit de Paris, M. Hambert, publie un mémoire couronné il y a quelques années par cette Faculté dans un concours de doctorat. Le sujet proposé était la détermination *des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes en droit romain et en droit français*. Le premier prix décerné au mémoire de M. Hambert témoigne assez de son mérite, et quand l'auteur mûri par l'âge et l'exercice de fonctions publiques nous dit qu'il l'a soumis à une révision consciencieuse, nous avons une garantie de plus d'un travail intéressant et solide. Mais nous n'avons pas été peu surpris qu'après avoir exposé avec soin et de longs détails la partie romaine de son sujet, M. Hambert n'ait consacré que quelques pages à notre ancien droit. Quel sujet demandait plus à être traité historiquement que cette mort civile, qui, rayée du Code Napoléon par une loi récente, n'est bientôt plus que de l'histoire? Ce n'était pas seulement convenable, c'était nécessaire, car la mort civile dans le Code Napoléon offrait un caractère indécis, contradictoire qui s'explique par l'état imparfait de la jurisprudence et de la doctrine anciennes. Nos jurisconsultes mêlèrent deux institutions que leur offrait le droit romain, la *media capitis deminutio* qui faisait perdre seulement le droit de cité et la servitude de la peine qui retranchait, en quelque sorte, un homme de l'humanité. Il résulta de ce mélange une théorie incertaine, confuse, équivoque, qui demandait à être exposée dans tous ses détails pour se rendre compte des contradictions que présente la mort civile du droit français.

Nous avons sous les yeux une monographie qui fait contraste par l'abondance des recherches historiques avec celles dont il

vient d'être parlé. C'est une brochure intitulée *de la Reconvention*, par M. Tempier, sur laquelle notre attention a été rappelée par quelques leçons que nous venons de faire sur l'histoire de la procédure en France. Le sujet abordé par M. Tempier était restreint : il s'est étendu sous la plume de l'auteur, non pas de digressions faites à droite et à gauche, mais par une étude approfondie de ce point si intéressant de la procédure, tant d'après le droit romain que d'après le droit canonique et notre ancienne jurisprudence.

La précision du système formulaire ne comporta, tant que ce système fut en vigueur à Rome, d'autre reconvention que celle qui tendait à écarter ou réduire la demande. Encore n'avait-elle libre cours à cet effet que dans les actions dites de bonne foi. Dans les actions dites de droit strict, il fallait qu'elle eût été réservée au défendeur par une exception insérée dans la formule qui déterminait d'une manière si rigoureuse la mission du juge. La suppression du *judiciorum ordo* agrandit la sphère de la reconvention. Ce ne fut plus seulement comme moyen de défense qu'elle put se produire, mais à l'effet d'obtenir une condamnation contre le demandeur. Ne fallait-il pas au moins que la demande reconventionnelle eût un rapport de connexité avec la demande principale, qu'elle résultât *ex eadem causa*? Oui peut-être d'après la loi sainement entendue; non d'après l'interprétation commune. Il suffisait que l'objet de la demande reconventionnelle ne la mit point en dehors de la compétence absolue du juge.

La juridiction canonique agrandit encore la voie déjà si large ouverte à la reconvention. Elle l'accueille alors même que la demande reconventionnelle, à considérer sa nature propre, n'eut pas été de la compétence des tribunaux d'église. Le droit canonique reconnaissait cependant que la reconvention s'arrêtait devant l'incompétence absolue du juge. Mais, aux yeux de l'Église, la juridiction ecclésiastique n'était absolument incompétente pour aucune affaire. Une si large doctrine sur la reconvention permit aux tribunaux d'église de se saisir incidemment des causes chaque jour moins nombreuses qui ne pouvaient se porter devant eux par action principale. Voilà un des traits qui caractérisent l'esprit envahissant de la juridiction ecclésiastique; mais c'étaient des envahissements heureux pour la société. Tout le terrain conquis par la juridiction ecclésiastique

était gagné sur une justice grossière et barbare au profit d'une justice supérieure.

La féodalité avait fait de l'administration de la justice un patrimoine et une source de revenus. Cet état de chose fit obstacle à ce que la reconvention fût admise dans les tribunaux laïcs. Elle ne le fut pas même à l'effet d'opposer une compensation, à moins que la créance du défendeur ne résultât de la même cause d'où procédait la demande, ou que le versement de deniers fait par le débiteur ne pût être considéré comme un paiement de la dette. Il y avait là un grave inconvénient auquel il fut plus tard remédié. D'abord il se délivra des lettres royales, autorisant à opposer la compensation ; puis, une théorie prêtée au droit romain, d'après laquelle la compensation éteignait de plein droit les dettes coexistantes, fit si bien entrer cette cause de reconvention dans les idées que l'on en vint à l'admettre même aux cas où, la compensation étant facultative, on ne pouvait pas la supposer opérée de plein droit. La reconvention à autres fins dut souffrir encore plus de difficultés, mais elle était aussi destinée à triompher. La première rédaction de la coutume de Paris avait consacré la vieille maxime française : « Reconvention en cour laye n'a lieu. » La coutume réformée en 1580 ajouta : « si elle ne dépend de l'action. » On ne resta pas même fidèle dans la pratique au principe de la connexité, et la reconvention *ex dispari causâ* finit par n'être repoussée qu'en appel.

Nous analysons très-sommairement cette histoire exposée par M. Tempier dans tous ses détails avec une connaissance complète des sources et une parfaite intelligence des diverses phases qu'a parcourue la procédure, depuis les Romains jusqu'à nos jours. L'auteur entre ensuite, armé de toutes pièces, dans la question de savoir quel est aujourd'hui le champ ouvert à la reconvention. Selon M. Tempier, elle vaudrait une connexité avec la demande principale. Nous avons peine à admettre cette opinion. Ne serait-ce pas faire rétrograder notre procédure, la ramener en arrière de la simplification que la pratique avait déjà introduite en dépit du texte restrictif que présentait la coutume de Paris ? Les voies judiciaires ne doivent-elles pas tendre à s'aplanir plutôt qu'à se hérissier d'obstacles et d'exceptions ? Voilà nos doutes ; ils n'ôtent rien à l'estime que nous a inspirée

le savoir déployé par M. Tempier dans l'histoire de son sujet. Sa monographie mérite, sous ce rapport, d'être proposée comme un modèle du genre.

DE VALROGER.

## CHRONIQUE.

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE. — *Séance publique du dimanche 29 juillet 1855.* — INAUGURATION DE LA FÊTE DE CUJAS. — Il est peu de villes où les solennités littéraires et scientifiques aient plus d'éclat et rencontrent plus de sympathie qu'à Toulouse. Ce qui s'est passé le 29 juillet 1855, pour la séance publique de l'Académie de législation dans laquelle devait avoir lieu l'inauguration de la FÊTE DE CUJAS, en est une nouvelle preuve.

Avant l'heure fixée pour l'ouverture de la séance, la salle d'audience de la seconde Chambre du tribunal civil disposée à cet effet était remplie par un auditoire d'élite. On remarquait dans l'enceinte réservée M. Piou, premier président de la Cour impériale; M<sup>r</sup> Mioland, archevêque de Toulouse, avec M. de Pons, un de ses grands vicaires; M. West, préfet de la Haute-Garonne; M. Gastambide, procureur général; M. Darnaud, président du tribunal civil; M. Baric, inspecteur de l'Académie, et avec eux les notabilités de la magistrature et du barreau, les membres des corps savants et plusieurs personnes de distinction.

M. l'inspecteur général Laferrière, associé libre de l'Académie, membre de l'Institut, qui devait porter la parole dans cette occasion, avait été invité à prendre place au bureau à la droite de M. le président. On remarquait encore dans l'enceinte réservée une députation des lauréats universitaires et d'élèves de la Faculté de droit.

A une heure précise, M. le conseiller Caze, président de l'Académie, a ouvert la séance et prononcé le discours d'usage; ce discours a été fort goûté; il offrait dans quelques pages, semées d'aperçus pleins d'élévation et présentés avec une grande



distinction, les principaux traits de la biographie du jurisconsulte dont on inaugurerait la fête. Après lui, M. Benech, professeur à la Faculté de droit, secrétaire perpétuel, a lu le rapport sur les travaux de l'année. L'auditoire a été particulièrement frappé du faisceau de suffrages et de travaux qu'avait obtenus ou produits en si peu de temps la nouvelle institution. La lecture de cet important travail, chaleureusement écrit, entremêlé de considérations morales sur les alliances scientifiques des grandes villes entre elles, a été interrompue plusieurs fois par des applaudissements.

L'assemblée a entendu ensuite avec un vif intérêt la communication faite par M. Batbie, secrétaire adjoint, sur le concours de l'année. Aussitôt après, M. d'Espinay, docteur en droit, actuellement substitué à Segré (Maine-et-Loire), a reçu, sur l'invitation de M. le président, des mains de Monseigneur l'archevêque, la médaille d'or qu'il a remportée au concours ouvert sur l'*Influence du droit canonique*. Le lauréat a lu le résumé de son savant mémoire qui a été écouté avec l'attention la plus soutenue et la plus sympathique. M. Théophile Hue, docteur en droit, avocat à Toulouse, a reçu de M. le président le titre constatant la mention honorable qu'il a obtenue *ex æquo*, dans le même concours, avec M. Claude Mazeau, avocat à Paris.

La distribution des récompenses et distinctions académiques a été suivie de la lecture, par M. le conseiller Sacaze, d'une notice sur le jurisconsulte CHARLES LOYSEAU; cette composition sérieuse, écrite avec une grande délicatesse de pensées et de style, a obtenu le plus légitime succès.

La séance a été terminée par une lecture de M. Laferrière sur l'école de Cujas et la médaille d'or instituée par M. le ministre de l'instruction publique pour les lauréats universitaires. Cette œuvre remarquable a produit la plus vive impression sur l'auditoire, qui l'a plusieurs fois applaudie. Il était impossible de caractériser dans un plus beau langage l'école du jurisconsulte de Toulouse; le parallèle entre Cujas et Dumoulin a surtout été tracé avec un rare bonheur. — La haute position qu'occupe déjà l'Académie de législation dans le monde savant, les services qu'elle a rendus et ceux qu'elle est appelée à rendre, la mission considérable que le gouvernement vient de lui confier en la chargeant (ce sont les expressions de l'orateur) *de choisir le vainqueur parmi les lauréats de toutes les Facultés de droit de*

*l'Empire*, ont été tour à tour, de la part de M. l'inspecteur général, l'objet d'appréciations de l'ordre le plus élevé <sup>1</sup>.

Telle a été cette imposante solennité académique, qui a, comme on le voit, inauguré de la manière la plus digne la fête du jurisconsulte qui est resté la gloire la plus éclatante de Toulouse. Tous ceux qui y ont assisté ont emporté cette conviction que l'institution de la FÊTE DE CUJAS ouvrait à l'Académie de législation un nouvel avenir, en imprimant à l'émulation publique une impulsion des plus vives, et que la ville de Toulouse était désormais dotée d'une grande solennité de plus, destinée à appeler de mieux en mieux sur elle les sympathies du monde savant.

<sup>1</sup> Nous donnerons dans une prochaine livraison ce discours remarquable de notre collaborateur.

---

## DE LA NATURALISATION.

Effet rétroactif du décret du 5 mars 1848, articles 7 et 8. — Décret du 28 mars 1848. — Loi du 3 décembre 1849. — Décret organique du 2 février 1852, articles 12 et 26.

Par M. Ch. BEUDANT, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Strasbourg.

1. Il existe quelques institutions dans la destinée desquelles il entre de subir le contre-coup de toutes les commotions sociales, sans avoir cependant avec les lois politiques un rapport assez intime pour être, avec celles-ci, directement atteintes. Il en résulte pour elles des changements tacites, s'opérant sous l'influence des principes nouveaux, changements qui, par suite de cette origine indirecte et cachée, contribuent souvent à rendre incertain l'état de la législation. Au nombre des institutions de ce genre se trouve la naturalisation, surtout la grande naturalisation, dont nous nous proposons de suivre les vicissitudes depuis la révolution de 1848 jusqu'au régime actuel.

Cette étude historique nous semble offrir un intérêt d'actualité. Le *Bulletin des lois* insérait récemment un décret qui mérite d'être signalé, quoique classé, comme mesure d'intérêt individuel, dans la partie supplémentaire : c'est le décret de naturalisation du prince Joseph Poniatowski, en date du 11 octobre 1854 <sup>1</sup>. Ce décret de naturalisation, de naturalisation simple par conséquent, a suffi au prince Poniatowski pour être élevé à la dignité de sénateur le 4 septembre 1854 <sup>2</sup>. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 3 décembre 1849, qui exigeait de l'étranger une loi de grande naturalisation pour pouvoir siéger dans les chambres, a-t-il donc été abrogé? Et en ce cas, quand et comment l'a-t-il été?

2. On sait quel était en 1848 le système de naturalisation. Il empruntait ses principes à une série de dispositions, lois, décrets ou ordonnances qui, en se confirmant et se modifiant peu à peu, avaient fini par former une théorie complète, en donnant à notre institution une législation à sources multiples. Le point de départ de ce travail successif se trouvait dans la

<sup>1</sup> XI. B. 135, part. suppl., n° 2390.

<sup>2</sup> XI. B. 238, n° 2168.

constitution de l'an VIII, qui inaugura, dans ce sujet, la réaction contre les tendances en vogue depuis la loi du 30 avril 1790<sup>1</sup>. A cette dernière époque, une lutte s'était établie sur le caractère même de la naturalisation, lutte qui de nos jours s'est terminée par une transaction. La naturalisation constituera-t-elle, pour celui qui la veut obtenir, un droit ou une faveur? La loi doit-elle offrir directement le titre de national, en n'assujettissant l'obtention de ce titre qu'à l'accomplissement de conditions potestatives de la part de l'étranger, ou bien la naturalisation nécessite-t-elle l'intervention d'un pouvoir gracieux appelé à concéder ou à refuser le titre qui en résulte? D'après les principes de l'ancien droit public, au moins depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, le droit de naturaliser appartenait au roi et au roi seul, sans que nul pût, à cet égard, critiquer le bon plaisir royal<sup>2</sup>. Un revirement complet devait s'opérer au XVIII<sup>e</sup> siècle. C'était le temps d'une philanthropie enthousiaste. On craignit de laisser au caprice du pouvoir le droit d'accorder ou de refuser la naturalisation; et dès lors on fixa des conditions dont le seul accomplissement entraînait l'assimilation de l'étranger au national : « *La France libre doit ouvrir son sein à tous les peuples de la terre en les invitant à jouir, sous un gouvernement libre, des droits sacrés de l'humanité* »<sup>3</sup>. » C'est en ce sens que furent conçues toutes les lois de la révolution relatives à la naturalisation.

Il est facile de saisir ce qui sépare ces deux modes de naturalisation. D'après l'ancien droit public, l'étranger était assimilé au national par une faveur qu'on lui concédait : le pouvoir intervenant pour conférer le titre et donner des lettres de naturalisation; d'après les lois révolutionnaires, il est assimilé en vertu d'un droit qu'il exerce : le pouvoir n'ayant pas à intervenir, ou du moins n'ayant à intervenir que pour constater l'accomplissement des conditions édictées et donner des lettres de déclaration de naturalité. On sent combien ce second mode d'assimilation demande de prudence dans l'application. La vanité d'une nation est un sentiment grand et fécond; et l'on ne peut être fier d'un titre qu'autant qu'il est un privilège, ou du

<sup>1</sup> *Lois annotées* de Sirey, t. I, p. 26.

<sup>2</sup> V. Recueil Isambert, les ord. de 1287 (t. II, p. 673), du 23 mars 1302, art. 26 (t. II, p. 759), et l'acte de naturalisation de janv. 1397 (t. VI, p. 783).

<sup>3</sup> Déclarat. du 6 août 1790. *Lois annotées*, t. I, p. 48.

moins qu'on ne l'accorde qu'à bon escient. Il en est de la nation comme de la famille. Toutes deux, dans une sphère différente, ont leur nom à faire respecter, leur honneur à sauver; et s'il leur faut garder dans leur sein ceux que la Providence y a placés, au moins doivent-elles n'admettre les étrangers à participer à leur nom, à leur passé et à leur avenir qu'avec une grande circonspection. Aussi une réaction était-elle nécessaire contre les tendances de la loi du 30 avril 1790 : elle fut inaugurée par la constitution du 22 frimaire an VIII, dont l'article 3 devint ainsi le point de départ du droit actuel.

Cette constitution laisse encore la naturalisation dans le domaine de la loi, au lieu de la faire rentrer dans les attributions d'un pouvoir gracieux; mais par elle la voie était ouverte aux innovations. Ce qu'il fallait pour donner satisfaction aux susceptibilités nationales, c'est qu'une autorité quelconque fût appelée à s'assurer du mérite du pétitionnaire; et dès lors que le seul fait de l'habitation en France fut insuffisant pour conduire à la naturalisation. Un premier pas fut fait dans cette voie par l'article 13 du Code Napoléon, tel au moins qu'il fut interprété par l'avis du conseil d'État du 20 prairial an XI<sup>1</sup>. Désormais l'étranger ne peut avoir en France un domicile capable d'entraîner des droits pour lui qu'à partir du moment où l'autorisation de séjour lui a été accordée. Sans doute l'assimilation résulte encore du seul accomplissement des conditions de la loi; mais le gouvernement, seul et sans contrôle, concédant la position dans laquelle ces conditions peuvent être accomplies, devient, indirectement au moins, dépositaire du droit de naturaliser. Aussi n'y a-t-il qu'un pas de cet état de choses à celui que fit naître le décret du 17 mars 1809<sup>2</sup>, qui rendit nécessaire l'intervention directe de l'autorité, en exigeant, dans le cas prévu par l'article 3 de la constitution de l'an VIII, que la naturalisation fût prononcée par le chef du pouvoir. Antérieurement déjà l'action du gouvernement avait été étendue par le sénatus-consulte organique du 19 février 1808<sup>3</sup>, qui conférait au chef du pouvoir exécutif le droit de naturaliser directement ceux qui, ne réunissant pas les conditions fixées par la constitution, avaient néanmoins des titres particuliers à obtenir l'as-

<sup>1</sup> *Lois annotées*, t. I, p. 644.

<sup>2</sup> IV. B. 229, n° 4195.

<sup>3</sup> IV. B. 181, n° 3064.

similation; et établissait une naturalisation extraordinaire quant à ses conditions, si on l'oppose à celle conférée en vertu de la constitution de l'an VIII et du décret de 1809. Par suite de ce sénatus-consulte et de ce décret, et en réunissant leurs dispositions, d'un côté le gouvernement a obtenu qu'aucune naturalisation ne pût se faire sans lui, et d'un autre côté, il s'est assuré le droit de naturaliser librement en dehors des conditions de la Constitution.

3. En dehors de ces dispositions, qui formaient le droit commun de la naturalisation, quelques vestiges avaient subsisté du système de la révolution, des naturalisations par l'accomplissement de conditions potestatives. On comprend, en effet, qu'à raison de circonstances particulières, le droit à la naturalisation soit incontestable; qu'alors l'enquête dirigée par le gouvernement soit superflue, les faits en tenant lieu. C'est ainsi qu'on a dédoublé la naturalisation; l'une, naturalisation proprement dite, nécessitant l'intervention d'un pouvoir gracieux; l'autre, naturalisation par bienfait de la loi, existant comme droit et résultant du seul accomplissement des conditions posées. Ce dernier mode de naturalisation peut être employé : par suite du privilège attaché à la naissance sur le sol français (art. 9 C. Nap.), par suite du privilège résultant de la qualité d'ex-Français (art. 12, 18, 19 et 20 C. Nap.), par suite du privilège conféré aux enfants d'ex-Français (art. 10 C. Nap.), par suite du privilège accordé aux descendants de religionnaires fugitifs (décret du 9 décembre 1790, art. 22)<sup>1</sup>. Dans ces cas exceptionnels et par conséquent limités, le gouvernement n'intervient pas pour conférer la naturalisation; il ne fait, par les lettres de naturalité ou de déclaration, que constater un titre antérieurement acquis, dont l'acquisition d'ailleurs pourrait être établie par toute autre preuve, et dont les effets remontent au jour, non de la lettre, mais de l'accomplissement des conditions.

4. Reste, pour compléter cette série de dispositions dont la Constitution de l'an VIII est le point de départ, l'ordonnance du 4 juin 1814<sup>2</sup>. Quel que soit le mode de naturalisation employé, naturalisation proprement dite ou par bienfait de la loi, l'assimilation, au moins depuis cette ordonnance, n'est

<sup>1</sup> Collection Rondonneau, t. II, p. 755.

<sup>2</sup> V. B. 17, n° 134.

pas complète; l'éligibilité forme une aptitude à part, qui exige une habilitation spéciale : des lettres de grande naturalisation.

Cette ordonnance, simple dans la mesure qu'elle édicte, est moins précise quand on veut fixer l'étendue de son application : la restriction qu'elle apporte atteint-elle tous les modes de naturalisation? Nul doute pour ceux qui sont devenus Français par la naturalisation proprement dite, soit en vertu du décret de 1809, soit en vertu du sénatus-consulte de 1808; pour eux la grande naturalisation peut seule compléter l'assimilation, ajouter l'éligibilité aux droits résultant de la naturalisation simple. Mais en est-il de même dans le cas exceptionnel de naturalisation par bienfait de la loi? Ici le seul moyen de lever le doute, lorsque les textes ne sont pas formels, est d'appliquer à la lettre cette maxime : l'éligibilité n'appartient qu'aux naturels français ou aux grands naturalisés. La question se réduit donc à chercher si la naturalisation par bienfait de la loi confère la qualité de naturel français, ou n'efface pas la tache d'extranéité; au premier cas, les lettres de grande naturalisation ne sont pas nécessaires; au second cas, elles sont indispensables. Ainsi, en ce qui concerne les descendants des religionnaires fugitifs, le décret du 9 décembre 1790 les déclare « *naturels français* » s'ils remplissent les conditions posées par lui; donc pour eux les lettres de grande naturalisation ne sont pas nécessaires. Les faits ont du reste sanctionné cette interprétation, notamment en 1824 et 1828, lors de la vérification des pouvoirs des députés Benjamin Constant, de Romand et Odier<sup>1</sup>. Nulle difficulté non plus, nous le pensons au moins, au cas de privilège résultant de la qualité d'ex-Français (art. 18 et 20 C. Nap.); les lettres qu'accorde alors le gouvernement indiquent par le nom qu'elles portent, lettres de réintégration<sup>2</sup>, qu'il s'agit non d'une acquisition, mais d'une restitution; d'où le réintégré reprend la position qu'il avait avant sa déchéance, avec tous les droits attachés à cette position. Il ne me paraît pas devoir en être de même dans l'hypothèse par l'article 10 C. Nap., qui établit le privilège au profit des enfants d'ex-Français. Ici il ne peut être question d'une réintégration, puisque le bénéficiaire n'a jamais

<sup>1</sup> Voir sur ce point, et à l'occasion de l'élection de Benjamin Constant en 1824, le rapport de Martignac et deux discours prononcés par le général Foy aux séances des 27 mars et 22 mai 1824.

<sup>2</sup> Loi de finance du 20 juillet 1837, art. 12. IX. B. 523, n° 6961.

occupé la position qui lui est accordée ; il s'agit d'une véritable acquisition, et dès lors l'ordonnance du 4 juin est applicable. Quant au cas de naturalisation privilégiée résultant de la faveur que mérite la naissance sur le sol, la réponse à la question posée me paraît dépendre du caractère reconnu à l'assimilation que règle l'article 9 C. Nap. Si l'on admet, avec la jurisprudence, que l'enfant est réputé Français depuis sa naissance, rétroactivement, dès qu'il a fait la déclaration voulue par la loi, il s'agit d'une nationalité d'origine, au moins réputée telle, et aux effets de laquelle l'ordonnance de 1814 n'a pu porter atteinte ; si l'on admet, au contraire, que l'enfant n'est Français qu'à partir du jour où il a rempli les conditions voulues, alors cet enfant ayant vécu étranger, il s'agit d'une naturalisation privilégiée quant aux formes, mais qui, quant aux effets, reste soumise à la restriction posée par l'ordonnance de 1814.

5. Tels étaient, retracés aussi brièvement que possible, les principes qui constituaient le système de naturalisation en 1848 ; il y avait deux naturalisations, l'une de droit commun ordinaire ou extraordinaire, l'autre exceptionnelle ; et au-dessus de toutes, une habilitation spéciale, la grande naturalisation, nécessaire à tous ceux qui n'étaient pas Français d'origine ou réputés tels, pour obtenir le droit d'éligibilité.

Que devint cette théorie, si lentement construite, sous l'empire des principes que la révolution de 1848 créait ou ressuscitait ?

6. Un seul côté de la législation, côté bien secondaire, a traversé, sans subir de modifications, l'époque dont nous parlons : c'est la partie qui a trait au tarif <sup>1</sup>. Les dispositions qui avaient réglé les frais en cette matière ont été positivement maintenues dans le décret du 28 mars 1848 (art. 2), et en dernier lieu dans la loi du 3 décembre 1849 <sup>2</sup>. Mais hors de là tout est remis en question. A qui appartient le droit de naturaliser ? Quels sont les effets de la naturalisation ? Faut-il encore distinguer parmi les droits politiques l'électorat et l'éligibilité ? Ce

<sup>1</sup> Droits de sceau et d'expédition. Ord. du 8 octobre 1814, art. 4 et 5 (V. B. 43, n° 339). — Frais d'enregistrement. Loi du 28 août 1816, art. 55 (VII. B. 81, n° 623). — Remise des droits. Loi du 21 avril 1832 (Sirey, *Lois annotées*, t. II, p. 111.

<sup>2</sup> V. les derniers mots du rapport de M. de Monsigny. *Moniteur* du 15 novembre 1849.



qui est positif, c'est que l'incertitude la plus complète règne pendant quelque temps sur notre institution ; de là la loi du 3 décembre 1849, qui eut un double effet : d'abord de rétablir la régularité de cette matière, ensuite de changer, selon nous au moins, le caractère de la grande naturalisation. Aussi fut-ce à l'occasion de cette loi, qui venait mettre un terme aux incertitudes, que les prétentions opposées se manifestèrent et que les questions fondamentales furent discutées. Mais si elle put établir pour l'avenir une législation régulière, faire justice de propositions irréflechies, elle ne put voiler l'époque intermédiaire de 1848 au 3 octobre 1849. Or les faits qui se réalisèrent pendant cet intervalle doivent être constatés ; ils vont nous servir, comme antécédents, à résoudre la question principale de cet article, l'existence ou l'inexistence actuelle de la grande naturalisation. C'est à leur influence qu'est due l'abrogation rétroactive de l'ordonnance du 4 juin 1814, abrogation dont la portée est tout exceptionnelle. D'abord elle entraîna, comme conséquence naturelle, la suppression pour l'avenir, et à partir des faits qui la motivèrent, de la restriction écrite dans cette ordonnance ; dès lors la naturalisation entraîna l'assimilation complète, concéda l'intégrité des droits civils et politiques, même le droit d'éligibilité. Mais elle fit plus ; elle fit disparaître, même pour le passé, tous les effets qu'avait produits l'ordonnance depuis sa publication. En fait, depuis 1814 on avait distingué les naturalisations simples et grandes ; en droit, désormais cette distinction doit être regardée comme n'ayant jamais dû être faite, toutes les naturalisations ayant eu les mêmes effets, ayant également entraîné l'assimilation complète ; c'est-à-dire que ceux qui, sous l'empire de l'ordonnance, ont sollicité et obtenu des lettres de grande naturalisation, se trouvent avoir pris un soin superflu, la restriction que ces lettres avaient pour but de lever étant censée n'avoir jamais été posée<sup>1</sup>. Je constate cette abrogation et son caractère rétroactif, tout en faisant mes réserves sur la légitimité de ces propositions. Les faits vont les expliquer, sinon les justifier.

7. En 1848, une réaction était inévitable contre ce qui s'était fait depuis la Constitution de l'an VIII. Lors de la discussion

<sup>1</sup> Vingt-deux lettres de grande naturalisation avaient été accordées depuis 1814. V. Alauzet, *De la qualité de Français et de la naturalisation*, p. 102.

de la loi de 1849, on réclama fortement l'ancien système de naturalisation sous conditions potestatives, et un membre de la Chambre, M. Chamiot, prononçait ces étranges paroles : *Le droit pour tout homme de faire partie des membres d'une nation est incontestable, et c'est un devoir pour la nation à qui ce droit est demandé de l'accueillir*<sup>1</sup>. D'après lui, la naturalisation devait résulter d'une simple déclaration faite devant l'officier de l'état civil, d'un acte de naissance à la vie française en un mot. A une telle proposition on n'eût pu répondre qu'en citant les sages paroles de M. Siméon au corps législatif : *Si un étranger malheureux, mais ardent, peut-être imprudent et criminel, ne vient chercher chez nous que l'obscurité et le repos, il les y trouvera toujours; mais s'il pouvait devenir, sans l'aveu du gouvernement, Français et même citoyen, il faudrait à son égard proportionner la sévérité à la hauteur de ses prétentions; elles forceraient à lui ôter justement dès le principe l'asile dont il ne se contenterait pas*<sup>2</sup>. Tout s'accorde, l'intérêt de l'étranger lui-même et l'honneur national, pour repousser, au moins comme droit commun, ces naturalisations sous conditions potestatives; aussi la question d'attribution fut-elle facilement décidée; et à côté des lois des 22 mars 1849 et 7 février 1851, qui augmentèrent les cas exceptionnels de naturalisation par bienfait de la loi déjà existants, la loi de 1849 reprit le décret du 17 mars 1809 et plaça le droit de naturaliser dans les attributions du pouvoir gracieux. En ce qui concerne la fixation des effets de naturalisation, la décision était plus délicate à prendre; des scrupules constitutionnels furent éveillés, et, lié par des antécédents qu'il n'osait briser, le pouvoir législatif, après avoir longtemps hésité, finit par adopter une mesure mixte, sur le caractère de laquelle nous nous expliquerons plus loin.

Nul n'ignore quel avait été le prétexte de la révolution de 1848. L'insurrection portait sur ses drapeaux le vœu d'une réforme électorale, et le gouvernement provisoire, obéissant aux tendances qui l'avaient conduit au pouvoir, débuta par la révision des lois électorales. Dès le 24 février une proclamation parle de *l'unité de la nation formée de toutes les classes des*

<sup>1</sup> *Moniteur* du 20 novembre 1849.

<sup>2</sup> Fenet, t. VII, p. 166.

<sup>3</sup> IX. B. 139, n° 1214.

<sup>4</sup> X. B. 352, n° 2730.

*citoyens qui la composent*<sup>1</sup>, et le décret du 5 mars (art. 6 et 7)<sup>2</sup>, suivi de l'instruction du 8 mars<sup>3</sup>, déclarait électeur tout Français majeur âgé de vingt et un ans, et éligible tout Français âgé de vingt-cinq ans. Par suite de ces dispositions, la qualité d'éligible devient une conséquence de celle d'électeur; nulle différence entre les éléments qui constituent ces deux titres, si ce n'est la condition d'âge. Or ne résulte-t-il pas de là que les principes nouveaux rendent impossible et abolissent toute distinction entre la petite et la grande naturalisation, distinction qui repose précisément sur la séparation des droits d'électorat et d'éligibilité? Si la qualité d'électeur implique, sauf la condition d'âge, la qualité d'éligible, la naturalisation simple, qui confère la qualité d'électeur, doit conserver celle d'éligible. Et si maintenant on se rappelle que les articles 6 et 7 du décret du 5 mars sont devenus principes constitutionnels par les articles 25 et 26 de la Constitution du 4 novembre 1848<sup>4</sup>, on comprendra pourquoi du 5 mars 1848 à la loi de 1849, qui rétablit la séparation de l'électorat et de l'éligibilité, il n'a dû y avoir qu'une naturalisation, cumulant les effets des deux que reconnaissait la législation antérieure. Mais là ne devait pas s'arrêter le travail du gouvernement provisoire, et après avoir indirectement changé les effets de la naturalisation, il était impossible de n'en pas modifier les formes; l'absence du pouvoir compétent, d'après les règles antérieures, en aurait sans cela rendu la concession impossible. De là le décret du 28 mars 1848, qui complète la législation transitoire sur la matière en réglant les deux points restés indécis, la forme et les conditions : « *Attendu que beaucoup d'étrangers ont pris une part active aux glorieux événements de février; attendu qu'il est urgent, TOUT EN RESPECTANT LES PRINCIPES DE LA LÉGISLATION EXISTANTE, de faciliter la naturalisation des étrangers qui ont des titres certains à l'estime publique, décrète : Le ministre de la justice est autorisé à accorder la naturalisation à tous les étrangers qui la*

<sup>1</sup> X. B. 1, n° 1.

<sup>2</sup> X. B. 5, n° 62.

<sup>3</sup> X. B. 7, n° 80.

<sup>4</sup> « Art. 25. Sont électeurs, sans condition de cens, tous les Français âgés de vingt et un ans, et jouissant de leurs droits civils et politiques.

» Art. 26. Sont éligibles, sans condition de domicile, tous les électeurs âgés de vingt-cinq ans. » (X. B. 87, n° 225.)

*demandront et qui justifieront par actes officiels et authentiques qu'ils résident en France depuis cinq ans au moins, et qui, en outre, produiront à l'appui de leur demande l'attestation par le maire de Paris ou le préfet de police pour le département de la Seine, et par les commissaires du gouvernement pour les autres départements, qu'ils sont dignes sous tous les rapports d'être admis à jouir des droits de citoyen français* <sup>1</sup>. » Ainsi le stage est diminué, le point de départ n'est plus l'autorisation de domicile, mais la simple résidence; enfin l'action du ministre de la justice remplace à la fois celle du pouvoir exécutif et celle du pouvoir législatif. Trois mois après, un arrêté de M. Bethmont suspend l'exercice du droit provisoire conféré au ministre <sup>2</sup>; deux mille quatre cent cinquante-neuf naturalisations avaient été prononcées dans l'intervalle. Nous rentrons désormais dans le droit commun, c'est-à-dire sous l'empire des règles antérieures modifiées par le décret du 5 mars 1848, et pendant cette nouvelle période, qui durera jusqu'à la loi du 3 décembre 1849, huit cent six naturalisations seront encore prononcées.

Tels sont les formes, les conditions et les effets des naturalisations accordées du 24 février 1848 au 3 décembre 1849. Pendant cette période il n'y a eu qu'une naturalisation complète dans ses effets, emportant concession, sans distinction, de tous les droits civils et politiques; et les principes qui ont amené cet état de choses agissant sur le passé, ont effacé les restrictions portées par l'ordonnance de 1814, en nivelant pour l'avenir, et d'une manière incommutable, toutes les naturalisations accordées sous l'empire de cette ordonnance, de manière que le rétablissement même de l'ancien état de choses ne puisse faire disparaître cette assimilation rétroactive.

8. Nous verrons tout à l'heure combien ces antécédents doivent influer sur la question de savoir si la grande naturalisation a, oui ou non, été abolie depuis la loi de 1849 qui l'avait rétablie. Aussi ne suffit-il pas d'énoncer les faits, et est-il nécessaire de demander leurs titres aux propositions que nous venons d'émettre. Aucune disposition formelle ne leur a donné naissance; elles ne constituent que l'expression d'une interprétation toute

<sup>1</sup> X. B. 20, n° 178.

<sup>2</sup> *Moniteur* du 29 juin 1848.

personnelle, et peuvent dès lors être discutées. Or je ne vois nullement comment les principes qu'elles contiennent ont pu être regardés comme la conséquence nécessaire, quoique tacite, des faits qui suivirent la révolution de février. Malgré l'autorité de MM. Demante, Valette et Mathieu (de la Drôme), qui se firent à la chambre des représentants les interprètes et les défenseurs de cette manière de voir, je ne trouve nulle part, ni dans les textes ni dans les principes nouveaux, la suppression en 1848 de la grande naturalisation; j'y trouve encore moins la suppression rétroactive des effets de l'ordonnance de 1814, et en tout cas je ne puis saisir comment ces effets attribués au décret du 5 mars auraient pu survivre à ce décret, comme droits acquis.

9. Sur quoi se fondent, en effet, les solutions contraires? Sur un syllogisme. Tous les électeurs sont éligibles aux termes du décret du 5 mars; or les naturalisés simples étaient électeurs: donc les principes nouveaux les rendent éligibles, et alors l'ordonnance de 1814 est abrogée. Mais n'est-ce pas prendre le change sur le sens des mots? Les lois nouvelles, dit-on, déclarent tout Français électeur, et concluent de la qualité d'électeur à celle d'éligible; soit, mais reste à savoir ce que ces lois entendent par l'expression de Français. Est-ce tout Français sans distinction, ou seulement tout Français capable? Ne serait-il pas naturel de croire que la loi n'a eu en vue que ceux qui avaient par eux-mêmes l'aptitude à exercer les droits dont il s'agit, que ceux auxquels l'exercice n'en était refusé que par les lois politiques que l'on venait de renverser? Si l'on prend ce mot de Français dans un sens si large, pourquoi ne pas aller jusqu'à y comprendre les interdits et les femmes? Ne sont-ils pas Français? Ils n'ont pas, il est vrai, la capacité voulue, et il ne peut être question d'exercice d'un droit que pour celui qui a déjà le droit lui-même. Mais en quoi diffère la position de naturalisé simple? De même que l'interdit ne sera compris dans l'expression de Français, dans le sens que lui donne la loi, qu'après la mainlevée de son interdiction, de même l'ex-étranger n'y sera compris qu'autant qu'il aura obtenu la position qui peut lui donner l'aptitude au droit d'éligibilité, qu'autant qu'il aura obtenu des lettres de grande naturalisation. Faut-il rappeler la maxime romaine *semper specialia generalibus insunt*<sup>1</sup>? Et depuis

<sup>1</sup> L. 147, ff., *De reg. juris.*

quand une loi générale a-t-elle pour effet de modifier une loi spéciale dont elle n'atteint pas expressément les dispositions?

D'ailleurs, je conteste que la loi nouvelle ait indistinctement rendu tout électeur éligible; ce qu'elle a voulu, ce qu'elle pouvait uniquement avoir en vue, c'était la suppression des conditions de cens et de domicile, suppression que demandaient depuis longtemps les partisans de la réforme électorale. La preuve que telle était seule la pensée des rédacteurs du décret, que pour les règles spéciales ils s'en rapportaient tacitement au droit commun, c'est que dans l'instruction du gouvernement provisoire pour l'exécution du décret, il y a renvoi formel aux lois spéciales en ce qui concerne la preuve des conditions à réunir pour être porté sur les listes électorales : « Art. 3. *La condition d'être né ou naturalisé Français peut se justifier*<sup>1</sup>, etc., etc. » N'est-il pas évident que ces conditions, même les moyens de preuve de leur existence étant facilités, doivent s'apprécier chacune d'après sa législation spéciale; et que, quand les lois électorales parlent de Français, elles ont en vue ceux qui possèdent l'aptitude à exercer le droit, et dès lors que pour l'éligibilité elles ne pensent qu'aux Français d'origine ou aux grands naturalisés? La preuve de ceci résulte, sans équivoque, des termes de la Constitution de 1848. L'article 25, cité plus haut, ne parle pas, en effet, de tout Français, mais de Français « *jouissant de leurs droits civils et politiques.* » Or, lors de la discussion de la loi du 15 mars 1849 qui vint, on le sait, développer le principe posé dans les articles 25, 26 de la Constitution, M. Huot demandait ce que signifiaient ces mots que reproduisait la loi électorale; et voici comment M. Billaut, rapporteur de la commission, répondit à cette question (*Moniteur* du 16 février 1849) : « *Votre commission n'a pas cru qu'il fût convenable de définir dans une loi électorale ce que c'était qu'un Français jouissant de ses droits civils et politiques. Cela est réglé par les lois antérieures et la jurisprudence. Nous avons pris pour règle de ne pas mettre dans la loi électorale des choses qui n'y tiennent pas essentiellement.* » Ne ressort-il pas dès lors de tout ceci que l'article 25 ne s'occupe pas, en ce qui concerne l'éligibilité, des étrangers naturalisés, qui, d'après l'ordonnance de 1814, n'étaient aptes à exercer ce droit, n'en avaient

<sup>1</sup> X. B. 7, n° 80.

la jouissance, qu'à la condition d'avoir obtenu des lettres de grande naturalisation? Et alors sur quoi repose donc toute l'argumentation des adversaires? Il est vrai que le décret du 5 mars ne contenait pas ces mots restrictifs; mais sa pensée à cet égard était si peu douteuse, qu'on a cru la reproduire purement et simplement dans la Constitution en les y ajoutant. D'ailleurs, c'est dans la Constitution qu'il faut chercher le principe nouveau, et non dans un règlement d'élection comme le décret du 5 mars.

Mais allons plus loin; en quoi donc ce décret du 5 mars sur les élections diffère-t-il des lois électorales antérieures, pour qu'il ait abrogé l'ordonnance de 1814, effet qu'il n'est venu à l'esprit de personne d'attribuer à ces lois électorales antérieures? En écartant les conditions d'âge, de cens et de domicile, qui sont étrangères à la question, il nous semble que ces lois offrent toutes une conformité parfaite; et nous ne voyons pas pourquoi cette abrogation attribuée au décret du 5 mars n'aurait pas été entraînée par la première loi électorale qui parut après l'ordonnance. Cette abrogation prétendue n'a, nous le savons, d'autres raisons que la corrélation entre les droits d'élire et d'être élus établie dans les articles 6 et 7 du décret et les articles 25 et 26 de la Constitution; corrélation d'où il résulte, dit-on, que le naturalisé simple étant électeur doit être éligible. Mais est-ce que cette corrélation n'apparaît pas dans toutes les lois électorales? Que l'on prenne les lois des 5 février 1817<sup>1</sup> et 29 juin 1820<sup>2</sup> sous la restauration, celle du 19 avril 1831<sup>3</sup> sous la monarchie de juillet, on trouvera partout la même idée et presque les mêmes mots: est électeur tout Français réunissant certaines conditions d'âge, de cens et de domicile; est éligible tout Français réunissant certaines autres conditions d'âge, de cens et de domicile. Ainsi la loi du 5 février porte dans son article 1<sup>er</sup>: « *Tout Français jouissant des droits civils et politiques, âgé de trente ans accompli et payant 300 francs de contributions directes, est appelé à concourir à l'élection des députés du département où il a son domicile politique.* » Cette loi est muette sur les conditions d'éligibilité, et s'en rapporte sur ce point à l'article 38 de la

<sup>1</sup> VII. B. 137, n° 1694.

<sup>2</sup> VII. B. 380, n° 8910.

<sup>3</sup> IX. B. 37, n° 105.

Charte<sup>1</sup> : « *Aucun député ne peut être admis à la chambre s'il n'est âgé de quarante ans et s'il ne paye une contribution directe de 1,000 francs.* » Dussions-nous paraître attacher trop d'importance aux mots, nous remarquerons que cet article 38 de la Charte, quoique employant une autre tournure de phrase, revient à dire : Tout Français est éligible qui remplit les conditions fixées. La preuve que ces deux expressions sont identiques, c'est qu'elles se retrouvent, en sens inverse, dans les articles 40 de la Charte et 1<sup>er</sup> de la loi de 1817. L'article 40 de la Charte disait : « *Les électeurs qui concourent à l'élection des députés ne peuvent avoir droit de suffrage s'ils ne payent une contribution directe de 300 francs et s'ils n'ont au moins trente ans.* » Or la loi de 1817 a traduit ceci en disant : Tout Français est électeur qui, etc. — Il résulte, sans conteste possible, de ces rapprochements de textes, que sous la loi du 5 février 1817, on devait définir l'électeur, tout Français ayant trente ans, payant 300 francs de contribution et ayant son domicile dans la commune où il veut voter; l'éligible, tout Français ayant quarante ans, payant 1,000 francs de contributions directes. Or, dès lors, je soutiens qu'il y a là toutes les causes d'abrogation de l'ordonnance de 1814 que l'on croit découvrir dans le décret du 5 mars 1848, et dans des termes moins douteux encore. La corrélation du titre de Français à celui d'électeur, du titre d'électeur à celui d'éligible, n'est, il est vrai, pas mathématiquement aussi nette dans la loi de 1817 que dans le décret; mais il est plus facile à saisir. Dire tout Français est électeur, et tout électeur est éligible, n'est-ce pas identiquement la même chose que de dire : Tout Français est électeur, tout Français est éligible? Or si l'on se croit autorisé à dire que le naturalisé simple a été déclaré éligible, sous le décret, parce que la qualité d'éligible y découle de celle d'électeur que lui donne sa naturalisation simple, n'est-on pas plus autorisé encore à dire que, sous la loi de 1817, ce même naturalisé simple est déclaré éligible, parce que cette qualité d'éligible y découle de celle de Français, que lui donne sa naturalisation simple? Pourquoi donc serait-ce seulement le décret de 1848 qui aurait abrogé l'ordonnance de 1814? Serait-ce par oubli et inadvertance que cette ordonnance a été appliquée après 1817? J'en

<sup>1</sup> V. B. 17, n° 133.



pourrais dire autant de la loi du 19 avril 1831, dont les articles 1 et 59 se prêteraient mieux encore à l'analogie; ce serait multiplier les citations sans utilité. Si je prends de préférence la loi de 1817, c'est que cette loi, incomplète par elle-même, se combinant avec la charte de 1814, on arriverait, au moyen de l'argumentation dont nous parlons, à abroger l'ordonnance de 1814 par des dispositions édictés le jour même où elle parut : on sait que la charte et l'ordonnance du 4 juin parurent le même jour. Cela seul condamne cette interprétation, qui pèche toujours, d'ailleurs, par l'oubli de ce principe que les lois générales se plient toujours aux dispositions particulières des lois spéciales, et que l'expression générique de Français, dans les lois électorales, ne doit s'entendre que sous réserve, en ce qui concerne l'éligibilité, de ce qu'édictait sur ce point l'ordonnance du 4 juin 1814.

Je crains de trop insister sur ce point; et cependant une observation me paraît encore nécessaire. On pourrait croire que les lois de 1817 et 1831 ne se prêtent à l'argumentation que nous venons de présenter que par une disposition plus ou moins habile de leurs textes. Il n'en est rien; et la preuve que les formes de phrase employées dans ces lois de 1817 et 1831 n'empêchent pas les lois d'avoir, sur ce point, exactement le même sens, la même portée que le décret du 5 mars 1848, c'est que la loi organique du 15 mars 1849<sup>1</sup> revient exactement aux formes des anciennes lois. Or ce décret du 5 mars n'obtient l'importance qu'on lui accorde qu'en vertu des articles 25 et 26 de la Constitution qui en reproduisaient des dispositions; d'autre part, ces principes, jetés dans la Constitution, ne doivent et ne peuvent s'expliquer que par la loi organique du 15 mars 1849, que l'Assemblée nationale constituante s'était réservé le droit de voter. Si cette loi, qui régularisait le décret du 5 mars, revient textuellement aux disposition des lois de 1831 et 1817, c'est que ce décret du 5 mars, en écartant ce qui a trait à l'âge, au cens et au domicile, n'avait rien de plus que ces lois : et alors, encore une fois, pourquoi n'est-ce pas en 1817 que l'abrogation de l'ordonnance se serait effectuée? Il n'y a, pour se convaincre de cette identité de rédaction des lois des 15 mars 1849, 19 avril 1831 et 5 février 1817, qu'à comparer d'une part,

<sup>1</sup> X. B. 136, n° 1182.

pour l'électorat, l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1849, avec l'article 1<sup>er</sup> de celle de 1831 et l'article 1<sup>er</sup> également de celle de 1817; d'autre part, pour l'éligibilité, l'article 79 de la loi du 15 mars, avec l'article 59 de celle de 1831 et l'article 40 de la Charte de 1814. Cette corrélation directe et immédiate, qui a frappé dans le décret du 5 mars, n'était possible que dans un acte bref et concis, dans un règlement d'élection fait à une époque de trouble et de préoccupation; mais dans une loi détaillée sur la matière, qui étudie séparément et *in extenso* ce qui a rapport à l'électorat et à l'éligibilité, ces deux droits doivent être traités à part, sans que pour cela la corrélation cesse ou produise plus d'effet. D'ailleurs, l'Assemblée nationale constituante, que l'on ne peut accuser d'avoir méconnu les principes de la Constitution, a pris soin elle-même de nous dire quelle importance il faut attacher à cette corrélation de l'électorat et de l'éligibilité qu'établissent les articles 25 et 26 de la Constitution. A l'occasion de la fixation des conditions d'exercice des droits politiques dans la loi du 15 mars, on s'était demandé si ce double droit d'élire ou d'être élu ne devait pas être considéré comme indivisible, soumis aux mêmes conditions et restrictions. La majorité de la commission et de l'assemblée se prononça pour la négative, et adopta le principe que les conditions pouvaient être différentes; de là l'article 3 de la loi du 15 mars 1849 relatif à l'électorat, et les articles 79 et 81 relatifs à l'éligibilité. Et voici en quels termes fut jugée cette prétendue indivisibilité des droits d'élire ou d'être élu : *Dans l'article 73, nous ajoutons des conditions plus sévères, car il nous paraît qu'il faut, pour être éligible, une situation encore plus pure que pour être électeur. Votre commission a pensé que le droit d'élire et d'être élu n'était pas un droit indivisible, et que l'on pouvait faire des conditions plus sévères pour le droit d'être élu que pour le droit d'élire*<sup>1</sup>. Nulle objection ne fut faite à cette manière de voir; et à la même séance, M. Baze complétait la pensée de M. Billaut en disant : « *Le principe pour lequel nous avons tant combattu, et que j'ai soutenu toute ma vie, que tout électeur est éligible, ce principe n'est vrai que politiquement parlant*<sup>1</sup>.

Si l'on remarque maintenant, comme je le disais plus haut, que le décret du 5 mars et la Constitution doivent être expliqués

<sup>1</sup> *Moniteur* du 22 février 1849.

par cette loi organique du 15 mars, peut-il rester un seul doute, et n'est-il pas évident, que les textes de ce décret du 5 mars n'offrent rien qui puisse étayer le syllogisme au moyen duquel on prétend prouver l'abrogation tacite de l'ordonnance du 4 juin 1814, et, avec elle, celle de la grande naturalisation ?

10. Dira-t-on maintenant que si l'esprit du décret du 5 mars ne suffit pas, le décret du 28 mars, spécial à la naturalisation, est formel et complète le premier ? C'est vrai ; mais il reste à savoir dans quel sens il est formel, et j'avoue ne pas comprendre comment il pourrait être invoqué à l'appui de l'opinion que je critique. Voici le second de ses attendus : « *Attendu qu'il est urgent, TOUT EN RESPECTANT LE PRINCIPE DE LA LÉGISLATION EXISTANTE, de faciliter la naturalisation des étrangers* qui... etc. » Singulière manière de respecter la législation existante que de la supprimer entièrement, et de la supprimer rétroactivement ! Singulière manière d'interpréter une loi, quand elle dit qu'elle veut *faciliter* quelque chose, que d'en conclure qu'elle en modifie complètement les effets ! Pour moi je ne vois dans ce décret du 28 mars qu'un but, celui de rendre plus faciles et les formes et les conditions ; sous ce rapport elle est expresse ; et puisqu'en dehors de ces deux points il ne reste que les effets à régler, je ne puis m'empêcher de croire que c'est à eux qu'elle songeait en se rapportant aux lois antérieures. Vainement M. Crémieux a-t-il déclaré à la chambre que l'intention du gouvernement provisoire avait été de supprimer la grande naturalisation ; l'intention non écrite ne me paraît pas pouvoir suffire ici, et d'ailleurs j'oppose à ces allégations les actes mêmes que M. Crémieux a signés comme ministre de la justice. Comment se fait-il, si ces intentions étaient notoires et bien arrêtées, qu'il y ait eu, postérieurement au décret du 5 mars, des concessions de grandes et de petites naturalisations ? comment quatre jours après ce décret du 5 mars, dans lequel on aurait eu l'intention d'abroger l'ordonnance de 1814, le 9 mars 1848, cette même ordonnance était-elle invoquée dans les lettres conférées à M. Bixio<sup>1</sup>, quand quelques jours après, le 17 mars, de nouvelles lettres concédées à M. Bianchi employaient la forme des naturalisations simples, en visant seulement la Constitution de l'an VIII et le décret de 1808<sup>2</sup> ?

<sup>1</sup> X. B. 15, n° 142.

<sup>2</sup> X. B. 16, n° 151.

D'où résulte donc l'abrogation en question, si le décret du 5 mars ne dit pas plus que toutes les lois électorales antérieures, et si le décret du 28 mars, loin d'être muet, maintient au contraire la législation antérieure?

11. Maintenant admettons, ce que nous croyons inexact en fait, que les décrets des 5 et 28 mars, en assimilant les droits d'électorat et d'éligibilité, aient entendu abolir la grande naturalisation; que faut-il en conclure, sinon que cette assimilation, et la conséquence qui en serait résultée, dureront tant que dureront les lois qui l'ont édictée, et disparaîtront avec elles? Le caractère général des lois électorales est de réglementer l'exercice d'un droit, de régler une capacité; et, pour me servir des expressions mêmes de M. Demante; puisque « *la capacité n'est pas considérée comme un droit acquis, mais comme une aptitude à acquérir des droits*<sup>1</sup>, » n'est-il pas évident que chaque époque voit cette aptitude réglementée par les lois alors en vigueur? De l'avis de tous les auteurs, les lois de capacité saisissent les personnes pour l'avenir; « LA LOI, dit encore M. Demante, *pouvant toujours, sans rétroactivité, restreindre la liberté humaine par des prohibitions, pourvu que ces prohibitions ne reçoivent pas d'application aux faits antérieurs, il s'ensuit qu'elle peut changer la capacité des personnes, pourvu qu'elle respecte les actes faits en état de capacité par les personnes qu'elle frappe d'incapacité pour l'avenir*<sup>2</sup>. » Eh bien! que s'est-il passé? On soutient que le décret du 5 mars, en rendant tout électeur éligible, a concédé, d'une manière incommutable, cette dernière qualité à tous ceux qui, n'ayant obtenu que des lettres de naturalisation simple, n'avaient d'abord été investis que du droit d'électeur; mais si de nouvelles lois viennent assujettir à d'autres conditions la qualité d'éligible, à quel titre un citoyen prétendrait-il exercer un droit sans une loi, quand il n'aura pas obéi aux prescriptions de cette même loi? Supposons qu'une loi électorale ait une fois appelé tous les Français, sans exception, à exercer leurs droits électoraux; dira-t-on que cette loi viole le principe de la non-rétroactivité, qui retirera pour l'avenir le droit de vote à l'une des personnes qui l'auront une fois exercé? Non, on ne le dira, parce que, encore une fois, la ca-

<sup>1</sup> *Cours analytique*, t. I, p. 41.

<sup>2</sup> *Cours analytique*, t. I, p. 41. V. aussi Valette sur Proudhon, t. I, p. 21.

paix n'est pas considérée comme un droit acquis, mais seulement comme une aptitude à acquérir des droits. Or que prétend l'opinion que je critique? elle déclare éligibles à perpétuité ceux auxquels le décret du 5 mars a une fois concédé ce titre. « Vous pouvez bien régler comment et dans quelles proportions vous accorderiez ce droit à ceux que vous agréerez dans l'avenir, disait M. Valette à la chambre des représentants; mais quant à faire un demi-citoyen de celui qui a été une fois citoyen complet, c'est ce que vous ne ferez jamais sans violer la règle de l'effet rétroactif<sup>1</sup>. » Et de là il fut conclu que, nonobstant la loi du 3 décembre 1849, qui rétablit la nécessité des lettres de grande naturalisation pour que l'étranger puisse siéger aux chambres, le décret du 5 mars subsistait pour le passé en nivelant toutes les naturalisations grandes ou simples concédées depuis 1814, c'est-à-dire abrogeant rétroactivement l'ordonnance du 4 juin 1814. Il nous semble qu'il y a là presque une confusion entre des faits acquis et des droits acquis, entre l'état de Français qui résulte de toute naturalisation, et les qualités d'électeur et d'éligible qui, découlant de cet état, ne constituent qu'une aptitude, et ne peuvent être regardées comme des droits acquis.

12. Quelle que puisse être la force de cette argumentation, avouons qu'elle n'a pas reçu la sanction de la Chambre lors de la discussion de la loi de 1849, et inclinons-nous. L'indécision qui régna sur ce point pendant toute la discussion, les changements d'opinion de M. Montigny, rapporteur de la commission et de M. Lefebvre-Dufoullé, qui, après avoir soutenu dans la séance du 8 novembre<sup>2</sup> que le décret du 5 mars et la Constitution, avaient aboli la grande naturalisation, vinrent, dans la séance du 30 novembre<sup>3</sup>, combattre la doctrine qu'ils avaient d'abord adoptée, ne contribuèrent pas peu à ce résultat. Pour tous les naturalisés sous l'empire du décret du 26 mars, il a été reconnu qu'ils avaient obtenu la plénitude des droits politiques; et pour tous ceux qui avaient obtenu des lettres de naturalisation simple depuis 1814, il a été admis que le décret leur avait concédé pour l'avenir ce qui leur manquait, c'est-à-dire l'éligibilité. A la séance du 30 novembre, M. Victor Lefranc avait repris un amendement en ce sens, présenté d'abord, puis retiré par M. Joly, amendement

<sup>1</sup> *Moniteur* du 1<sup>er</sup> décembre 1849.

<sup>2</sup> *Moniteur* du 9 novembre 1849.

<sup>3</sup> *Moniteur* du 1<sup>er</sup> décembre 1849.

qui fut adopté, et forme l'article 5 de la loi du 3 décembre 1849 : « *Les dispositions qui précèdent ne portent aucune atteinte au droit d'éligibilité à l'Assemblée nationale acquis aux étrangers naturalisés avant la promulgation de la présente loi.* » Or voici comment M. Baze indiquait la portée de cet amendement : « *On voudrait vous faire admettre aujourd'hui que ceux qui avaient reçu des lettres de naturalisation simple sous tous les gouvernements qui s'étaient succédé depuis l'ordonnance de 1814, et qui, aux termes de la législation existante, ne pouvaient pas avoir accès dans les chambres législatives, on voudrait vous faire décider que, par l'indication d'une simple formule dans la Constitution, ils auraient été rendus aptes à siéger dans l'Assemblée nationale, tout comme s'ils avaient eu des lettres de grande naturalisation*<sup>1</sup>. » C'est immédiatement après ces paroles que l'amendement fut adopté ; concluons que telle est la portée qu'a entendu lui donner la Chambre. Aujourd'hui donc il n'existe plus d'autres naturalisations simples que celles qui ont été accordées depuis la loi de 1849, le décret du 5 mars et la Constitution de 1848 ayant rendu grands naturalisés ceux qui en fait et en droit n'avaient eu jusque-là que le droit d'électorat<sup>2</sup>.

13. La loi du 3 décembre 1849, pendant la discussion de laquelle ces faits furent ainsi compris et expliqués, vient elle-même ajouter, pour ainsi dire, à ce que cette manière de voir peut avoir de répréhensible. On prévoit que si le décret du 5 mars, reproduit dans la Constitution, était jugé incompatible avec le maintien de la grande naturalisation, il pouvait difficilement être question de rétablir celle-ci en 1849, alors que cette même Constitution existait encore. Aussi, sous l'empire de scrupules constitutionnels, le projet de loi présenté le 17 juillet par MM. de Vatimesnil et Lefebvre-Durufle<sup>3</sup> n'admettait qu'une naturalisation complète dans ses effets, et confiait au pouvoir exécutif le droit de la prononcer. La nature personnelle d'un tel acte, ses applications fréquentes, la nécessité de l'enquête sur la dignité de l'impétrant, tout, disait le rapport, contribue à donner à la naturalisation le caractère d'un acte administratif,

<sup>1</sup> *Moniteur* du 13 décembre 1849.

<sup>2</sup> M. Alauzet, le seul auteur qui se soit occupé spécialement de cette matière depuis 1849, constate ces décisions p. 102, sans élever de doute sur leur légitimité.

<sup>3</sup> *Moniteur* du 18 juillet 1849.

et non d'un acte de souveraineté. « *Quand vous avez posé les règles de naturalisation, disait M de Vatimesnil, quand vous avez dit : On sera naturalisé à cette condition, c'est naturellement au pouvoir exécutif qu'il appartient de dire, après vérification des titres : l'individu qui demande la naturalisation se trouve ou ne se trouve pas dans ces conditions* <sup>1</sup>. »

Les adversaires du projet ne manquaient pas de bonnes raisons pour défendre le système opposé, et vouloir attribuer le droit de naturaliser au pouvoir législatif, surtout une seule naturalisation existant qui conférait tous les droits politiques. N'est-ce pas un acte de souveraineté par excellence, puisqu'en réalité il conduit à une augmentation de la famille politique ; n'est-ce pas même un acte d'intérêt général, puisque, comme le disait M. Dupin en 1828, à l'occasion de la naturalisation du prince de Hohenlohe, il s'agit de donner des législateurs à la nation, de diminuer dès lors la part de souveraineté des naturels français au profit de ceux qu'on leur assimile. Les raisons pour et contre présentaient une force à peu près égale ; et l'issue de la discussion devenait incertaine, quand la difficulté fut tranchée par l'adoption d'un amendement de M. Mauguin, qui tendait au rétablissement des deux naturalisations. Ce qui paraissait justifier l'intervention du pouvoir législatif, c'était l'effet que devait produire la naturalisation de permettre de participer à ce même pouvoir : on lui laissera le droit de grande naturalisation, qui seule donne accès aux chambres ; ce qui paraissait justifier l'intervention unique du pouvoir exécutif, c'était la fréquence et le caractère tout personnel de l'acte : on lui laissera le droit d'accorder les naturalisations qui n'ont trait qu'aux intérêts privés, les naturalisations simples <sup>2</sup>. Et alors, singulière contradiction ! cette même chambre qui décidait en fait que la Constitution, par son seul esprit, avait rendu complètes les naturalisations simples accordées sous la législation antérieure, décidait maintenant que cette même Constitution laissait place à une distinction tout à l'heure assez inconstitutionnelle pour être supprimée même pour le passé. Ou nous nous abusons complètement, ou il y a une contradiction palpable entre l'article 5 de la loi de 1849 et l'article 1<sup>er</sup>, *in fine*, de cette même loi, qui rétablit la grande na-

<sup>1</sup> *Moniteur* du 22 novembre 1849.

<sup>2</sup> *Moniteur* des 22 novembre et 1<sup>er</sup> décembre 1849.

turalisation. De deux choses l'une : ou le décret du 5 mars devenu acte constitutionnel n'était pas conçu de manière à abroger tacitement la grande naturalisation, ou ce même décret et cette même constitution empêchaient le rétablissement de cette institution ; et je ne m'explique pas que la même Constitution soit compatible avec le rétablissement de la grande naturalisation, si elle a été incompatible avec son maintien. Cette contradiction est d'autant plus inexplicable que l'amendement de M. Mauguin fut adopté dans la séance du 30 novembre, et que ce fut quatre jours après avoir ainsi fait justice des scrupules constitutionnels qui avaient arrêté d'abord la commission, que la même commission venait, le 3 décembre, proposer l'adoption de l'amendement de M. Victor Lefranc qui n'avait, je l'ai déjà dit, d'autre mobile que ces mêmes scrupules constitutionnels ! Quoi qu'il en soit, le résultat final ne peut être douteux, et nous l'enregistrons.

14. Eh bien ! maintenant que nous savons comment et pourquoi la grande naturalisation a été regardée comme ayant été abolie, et abolie rétroactivement par les lois qui suivirent la révolution de 1848, que décider aujourd'hui, et qu'est devenu cette grande naturalisation rétablie par amendement dans la loi de 1849 ?

Ce qui se passait le 5 mars 1848, à propos de l'ordonnance de 1814, les monuments législatifs qui ont suivi le 2 décembre le renouvellent à propos de la loi de 1849, qui venait de rétablir la grande naturalisation. Si l'on admet comme justifiée l'abrogation de l'ordonnance par le décret du 5 mars et la Constitution de 1848, telle quelle a été comprise en 1848, il faudra inévitablement reconnaître comme également justifiée l'abrogation de la loi de 1849, en ce qui concerne la grande naturalisation, par les décrets organiques du 2 février 1852, et les articles 20 et 36 de la Constitution du 14 janvier 1852. Là est toute la question : faut-il admettre comme légalement exacte, et dès lors l'appliquer à 1852, l'interprétation que nous avons critiquée, tout en constatant son adoption par la chambre ; ou bien les discussions législatives ne formant pas loi, dire avec le droit romain : *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias* <sup>1</sup> ?

<sup>1</sup> L. 14, ff., *De legibus*.



Les faits sont identiques, et dès lors il suffit de les rapporter; ce qui est de théorie a été exposé et dictera la solution. Le point de départ de cette nouvelle période est, nous le savons, la loi du 3 décembre 1849, dont l'article 1<sup>er</sup>, dernier paragraphe, dispose que : *l'étranger naturalisé ne jouira du droit d'éligibilité à l'Assemblée nationale qu'en vertu d'une loi*<sup>1</sup>. C'est, sauf les mots, la reproduction positive de l'ordonnance de 1814, renouvelée pour une époque où le pouvoir législatif était délégué à une assemblée unique<sup>2</sup>.

Or cette loi de 1849 va se trouver bientôt en présence du décret organique du 2 février 1852, comme l'ordonnance de 1814 s'était trouvée en présence du décret du 5 mars 1848. En effet, le décret organique du 2 février 1852 porte dans son article 12 : « *Sont électeurs, sans conditions de cens, tous les Français âgés de vingt et un ans accomplis, jouissant de leurs droits civils et politiques.* » Et l'article 26 ajoute : « *Sont éligibles, sans conditions de domicile, tous les électeurs âgés de vingt-cinq ans*<sup>3</sup>. » Ces deux articles sont la reproduction textuelle des articles 25 et 26 de la Constitution du 4 novembre; la pensée qui les dictait était la même; elle est formulée dans la circulaire du ministre de l'intérieur, du 20 janvier 1852<sup>4</sup>, le rétablissement du suffrage universel promis par l'article 2 du décret du 2 décembre 1851<sup>5</sup>. Voilà donc ici encore la qualité d'éligible regardée comme une conséquence de la qualité d'électeur; or le pouvoir législatif, en 1849, a reconnu que cette assimilation des deux qualités avait rendu inconstitutionnelle la grande naturalisation : n'en résulte-t-il pas, si la raison législative obéit à l'empire de la logique, que ce décret du 2 février abolit le dernier paragraphe de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1849, comme le décret du 5 mars avait aboli l'ordonnance de 1814? Reste toujours à expliquer ces mots que nous avons montrés incompatibles avec cette solution en 1848 : les Français « *jouissant de leurs droits civils et politiques,* » car le décret nouveau les emploie également. Il nous semble manifeste que cette manière de s'exprimer montre dans le décret l'intention de ne pas s'oc-

<sup>1</sup> X. B. 218, n° 1814.

<sup>2</sup> Constitution de 1848, art. 20.

<sup>3</sup> X. B. 488, n° 3636.

<sup>4</sup> *Moniteur* du 20 janvier 1852.

<sup>5</sup> X. B. 465, n° 3379.

cuper, en ce qui concerne l'éligibilité, des étrangers naturalisés qui, d'après la loi de 1849, ne jouissent de ce droit qu'à la condition d'avoir obtenu une loi de naturalisation. Car ici, comme dans la Constitution de 1848, que peuvent signifier ces mots, sinon qu'en employant l'expression générique de Français, le décret a entendu laisser sous l'empire du droit commun les questions spéciales relatives à la jouissance du droit dont il règle l'exercice? Mais nous ne soutenons aucune thèse ici; nous voulons montrer seulement qu'aux deux époques les éléments de la question sont identiquement les mêmes, tant pour ce qui se prête à la solution que nous avons critiquée, que pour ce qui nous a paru la rendre inadmissible. Un article de la Constitution du 14 janvier 1852<sup>1</sup> peut être utile à signaler encore ici comme complétant les textes à examiner dans cette question: c'est l'article 20, dont le premier paragraphe rend sénateurs de droit certains fonctionnaires qui, pour occuper les positions d'où découle pour eux ce privilège, n'ont besoin que de naturalisation simple, s'ils sont ex-étrangers. Or, un titre qui par lui-même en emporte un autre ne suppose-t-il pas l'existence des conditions qui suffisent pour tous deux? Ces textes pourraient peut-être être multipliés encore, mais ils n'ajouteraient rien aux éléments de la discussion, qui roule tout entière sur le décret organique du 2 février et les antécédents que nous ont légués les discussions législatives de la loi du 3 décembre 1849.

15. Les difficultés que soulève la question que nous nous sommes posée se rattachent, on le voit, aux théories si difficiles de la rétroactivité des lois et de l'abrogation tacite. 1848 et 1849 ne sont du reste pas les seules époques qui, en ce qui concerne la grande naturalisation, aient eu à se poser le problème en question; et pour compléter les éléments de discussion signalons les faits antérieurs.

Avant l'ordonnance de 1814 les étrangers naturalisés étaient, sous le rapport des droits politiques, exactement sur la même ligne que les Français d'origine, sans qu'il faille distinguer entre les droits d'élection et les droits d'éligibilité; c'était précisément cette assimilation que l'ordonnance avait pour but de faire cesser. Cet acte de sévérité contre les étrangers reproduisait, singulier rapprochement, un décret de la Convention

<sup>1</sup> X. B. 479, n° 3522.

du 5 nivôse an III<sup>1</sup>. Ce décret avait pour but principal d'exclure de la Convention Thomas Paine et Anacharsis Clootz, naturalisés le 26 août 1792, par l'application de l'article 4 de la Constitution du 3 septembre 1791, en même temps que Bentham, Pestalozzi, Washington, Klopstock, Kosciusko et d'autres encore; mais son article 1<sup>er</sup> édictait une règle générale, une exclusion formelle pour l'avenir, plus sévère en cela que l'ordonnance de 1814, qui exigeait seulement une habilitation spéciale. Qu'était devenu ce décret qui, à coup sûr, n'existait plus en 1814? Il avait été tacitement abrogé par la Constitution de l'an III; et les dispositions de cette Constitution, d'où résulta cette abrogation, sont précisément celles qui, en 1848, entraînent l'abrogation de l'ordonnance de 1814, et dont nous demandions tout à l'heure les effets, en 1852, sur la loi de 1849. Remontons plus loin encore. Qu'étaient devenues, le décret du 5 nivôse prouvant qu'elles n'existaient plus, ces ordonnances des rois de France visées plus tard dans l'ordonnance de 1814, et qui excluaient les étrangers, même naturalisés, de certaines fonctions publiques? Elles avaient disparu devant la Constitution de 1791. L'abrogation tacite n'est donc pas nouvelle en cette matière, et les difficultés soulevées en 1848, soulevées de nouveau en 1852, se rattachent à une série de vicissitudes que l'on pourrait suivre dans l'histoire de la grande naturalisation, ou des institutions qui s'en rapprochent, et que nous ne ferons qu'indiquer ici. C'est que, comme nous le disions en débutant, nous sommes sur un terrain où s'agitent des intérêts et des passions politiques, intérêts et passions qui, en France, ne laissent pas vieillir les institutions qui en sont tributaires.

16. Si l'on admet que le décret organique du 2 janvier 1852 a tacitement abrogé la partie de la loi du 3 décembre 1849 qui a trait à la grande naturalisation, cette loi, sous ce rapport, aura dormi bien paisiblement au *Bulletin des lois*; je ne crois pas

<sup>1</sup> *Lois annotées*, t. I, p. 280. — « Art. 1<sup>er</sup>. Tous individus nés en pays étrangers sont exclus du droit de représenter le peuple français. — Art. 2. Les citoyens nés en pays étrangers qui sont actuellement membres de la Convention nationale, ne pourront, à compter de ce jour, participer à aucune délibération; leurs suppléants seront appelés sans délai par le comité des décrets. — Art. 3. La Convention renvoie à son comité de salut public la proposition d'exclure les individus nés en pays étrangers de toutes autres fonctions publiques, et le charge de faire un prompt rapport sur cet objet. »

qu'une seule loi de naturalisation ait été votée de 1849 à 1852. Aussi, toujours en supposant l'abrogation, peut-il paraître superflu d'étudier ce que cette loi avait apporté de nouveau dans l'institution qui nous occupe. La question d'abrogation pouvant cependant faire doute, quelques mots encore pour achever le tableau des vicissitudes de la naturalisation; ils compléteront le résumé des travaux préparatoires de cette loi de 1849.

17. Une chose frappe tout d'abord dans la loi de 1849, c'est l'absence de l'expression de grande naturalisation, quand il est certain que la loi a voulu rétablir l'acte auquel l'ordonnance de 1814 donnait ce nom. Le seul texte relatif à ce sujet est ainsi conçu; ce sont les derniers mots de l'article 1<sup>er</sup>: « *L'étranger naturalisé ne jouira des droits d'éligibilité à l'Assemblée nationale qu'en vertu d'une loi.* » Ce laconisme exagéré touche de près à l'obscurité; et le doute peut exister sur les conditions et la nature de cet acte sans nom, qui confère le droit d'éligibilité. Nous pensons que cette forme de rédaction révèle le caractère nouveau que donna la loi de 1849 à cette formalité qu'elle met à la place des lettres de grande naturalisation.

L'ordonnance de 1814 offrait, du reste, à peu près la même incertitude. Elle semble n'assujettir à aucune condition l'obtention de lettres de grande naturalisation: L'étranger ne pourra siéger dans les Chambres, « *à moins que, pour d'importants services rendus à l'État, il n'ait obtenu de nous des lettres de naturalisation vérifiées par les deux Chambres* » (art. 1<sup>er</sup>)<sup>1</sup>.

Aussi les auteurs proclament-ils, comme ne faisant pas même question, qu'il n'est besoin d'aucune résidence antérieure, pas même de celle qu'exigeait pour la naturalisation extraordinaire le sénatus-consulte du 19 février 1808, reproduit par l'article 2 de la loi de 1849; qu'il suffit de la vérification dans les deux Chambres, ajoutant qu'il est hors de doute « *qu'aux effets plus importants qu'entraîne cette naturalisation, ne se joignent ceux de la naturalisation ordinaire si celle-ci n'a pas précédé* ». Peut-être cette interprétation pourrait-elle être contestée. L'ordonnance soumet l'acquisition de l'éligibilité à deux conditions: la première, la concession des lettres de naturalisation; la seconde, la vérification de ces lettres par les Chambres, *à moins*

<sup>1</sup> V. B. 17, n° 134.

<sup>2</sup> Demante, *Cours analytique*, t. I, p. 176.

qu'il n'ait obtenu des lettres de naturalisation (première condition) vérifiées par les Chambres (seconde condition). Comment d'ailleurs comprendre qu'on pût concéder l'assimilation complète à des personnes qui ne pourraient pas obtenir une assimilation partielle? Vainement on invoquerait l'omnipotence de la loi; elle n'est omnipotente que dans les limites de sa mission, et la Chambre ne naturalise pas, elle ne fait que vérifier et admettre une naturalisation déjà faite. Quoi qu'il en soit, une jurisprudence constante, conforme aux habitudes de la chancellerie, a toujours regardé la grande naturalisation, sous l'ordonnance de 1814, comme exemple de toute condition <sup>1</sup>. Mais dans quel sens s'est prononcée la loi de 1849? Exige-t-elle une naturalisation simple comme condition préalable à l'admission au droit d'éligibilité.

L'affirmative ne me paraît pas pouvoir faire le plus léger doute. Voici comment M. de Vatimesnil indiquait le rôle de l'Assemblée dans la concession de ce droit d'éligibilité: « *L'Assemblée ne sera appelée, d'après le système de la commission (et il fut adopté) qu'à donner le complément de la qualité de Français, c'est-à-dire le droit d'éligibilité* <sup>2</sup>. » Or qui dit compléter dit ajouter à une chose déjà existante ce qui lui manque pour être entière. Dans la même séance, M. Émile Leroux, qui combattait le système de la commission, se plaça sur le même terrain que M. de Vatimesnil. « *Supposez, dit-il, qu'une personne réclame la naturalisation et l'obtienne du pouvoir exécutif, qu'ensuite, AVEC CETTE NATURALISATION, elle s'adresse à l'Assemblée pour l'obtention du droit d'éligibilité, etc....* » Et quand après un tel accord entre la commission et ses adversaires je vois la loi dire: « *L'étranger NATURALISÉ ne jouira du droit d'éligibilité à l'Assemblée nationale qu'en vertu d'une LOI,* » je ne puis m'empêcher de croire que pour obtenir cette loi il faut d'abord avoir obtenu le bénéfice d'une naturalisation simple. Tout ceci, du reste, devient, il me semble, une certitude quand on demande à la nouvelle loi comment elle a envisagé cette formalité spéciale à l'éligibilité. Elle n'emploie pas, je l'ai déjà dit, l'expression de grande naturalisation, parce qu'en réalité l'institution qui portait autrefois ce nom n'existe plus et que l'habitude seule en

<sup>1</sup> Alauzet, p. 102.

<sup>2</sup> *Moniteur* du 1<sup>er</sup> octobre 1849.

conserve le nom pour qualifier l'acte qui la remplace. La décision législative qui intervient n'est qu'une dernière formalité imposée à la naturalisation, qu'une étape qu'il lui reste à franchir pour ressortir son entier effet. Il n'y a qu'une naturalisation seulement aux effets de laquelle il manque quelque chose, si l'on s'arrête dans les formalités, si l'on ne provoque pas la loi qui concède l'éligibilité. Écoutons le rapporteur de la commission, M. de Montigny : « *La commission n'a pas voulu rappeler les mots de grande naturalisation, parce qu'elle a tenu à respecter les scrupules de ceux qui pourraient penser qu'aux termes de la Constitution la naturalisation ordinaire confère tous les droits politiques; que la loi ne saurait avoir d'autres effets QUE DE PRIVER DE L'EXERCICE D'UN DE SES DROITS LES ÉTRANGERS NATURALISÉS JUSQU'À L'ACCOMPLISSEMENT DE CES CONDITIONS* <sup>1</sup>. » Or ces conditions auxquelles fait allusion M. de Montigny sont celles qu'impose l'article 1<sup>er</sup>, dernier alinéa, de la loi. N'est-il pas évident que la décision législative qui confère l'éligibilité ne peut intervenir qu'après une naturalisation simple, à laquelle elle ne fait que laisser produire un de ses effets dont on avait suspendu l'exercice <sup>2</sup>? Il est tout simple alors que la loi n'énumère pas les conditions que doit réunir celui qui prétend faire voter à son profit la loi de grande naturalisation; ce sont celles qu'elle fixe pour la naturalisation simple ou ordinaire ou extraordinaire. Or ces conditions, la loi de 1849 les a renouvelées telles que les fixaient le sénatus-consulte du 29 février 1808 et le décret du 17 mars 1809. Quant au rôle des Chambres, il est resté ce qu'il était sous l'ordonnance de 1814. Le pouvoir législatif, comme l'a très-bien fait remarquer M. Dupin <sup>3</sup>, n'est pas appelé

<sup>1</sup> *Moniteur* du 15 novembre 1849.

<sup>2</sup> Nous pensons que c'est faute d'avoir saisi le caractère nouveau donné à cette loi de naturalisation, que M. Mourlon (*Répétitions*, t. I, p. 99) a reproduit, à propos de la loi de 1849, l'opinion émise par l'ordonnance de 1814, que la grande naturalisation peut être concédée *de plano* à qui n'a pas été préalablement naturalisé simplement. M. Alauzet, plus exact, nous croyons, se contente de dire que la loi de 1849 a rétabli « *une règle analogue à celle qui était contenue dans l'ordonnance de 1814* » (p. 103), mais sans dire ce qu'il manque pour que cette analogie devienne conformité, ce qui eût été digne cependant d'être observé, surtout avec l'opinion que nous avons citée de cet auteur, que la grande naturalisation n'était soumise à aucune condition sous l'ordonnance de 1814.

<sup>3</sup> *Moniteur* des 16, 20, 22 et 27 avril 1828, à l'occasion des lettres accordées le 28 février 1828 au prince d'Areberg.

seulement à enregistrer l'acte qui lui est déféré, mais à en discuter la valeur et l'opportunité; il pourrait même réclamer le vote au scrutin secret, mode de votation d'autant plus désirable en pareille matière qu'il s'agit de considérations personnelles, dont la publicité pourrait empêcher le libre et impartial examen.

18. Nous ne ferons qu'une simple observation à propos de l'article 6, qui serait, nous le craignons, incompréhensible, si l'on ne savait quelles déductions ont conduit à son adoption. D'après la Constitution de l'an VIII, il suffisait d'une déclaration de domicile de la part de l'étranger pour faire courir les dix années de stage. D'après la loi de 1849 (art. 1), ce stage ne court qu'à partir de l'obtention du bénéfice de l'article 13 du Code Napoléon. J'ai déjà dit que ce changement à la Constitution de l'an VIII avait été apporté par le Code Napoléon et l'avis du conseil d'État du 20 prairial an XI. Aussi M. de Montigny déclarait-il que la disposition du 1<sup>o</sup> du troisième paragraphe de l'article 1 n'était que la consécration de la législation existante. Cependant dans la séance du 3 décembre un changement complet s'opéra dans la manière de voir du rapporteur de la commission. « Vous savez, disait-il, que jusqu'à présent, aux termes de la Constitution de l'an VIII, il n'était pas nécessaire, pour faire courir le délai de dix ans, d'avoir obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, mais qu'il suffisait d'avoir déclaré son intention <sup>1</sup>. » Probablement M. de Montigny n'avait en vue à ce moment que la période qui s'écoula de la Constitution de l'an VIII au 20 prairial an XI; car son assertion serait inexacte pour le temps ultérieur <sup>2</sup>. C'est donc à cette époque qu'en fait il faut restreindre la disposition transitoire de l'article 6 : « L'étranger qui aura fait, avant la promulgation de la présente loi, la déclaration prescrite par l'article 3 de la Constitution de l'an VIII, pourra, après une résidence de dix années, obtenir la naturalisation suivant la forme indiquée par l'article 1. » Cet article pourrait encore s'expliquer par suite des usages de la chancellerie. M. Alauzet, plus à même que qui que ce soit d'être bien renseigné sur ce point, déclare que la chancellerie n'a jamais appliqué l'avis du conseil d'État de prairial an XI, et a de tout temps fait courir le délai du stage à

<sup>1</sup> Moniteur du 4 décembre 1849.

<sup>2</sup> V. Demolombe, t. I, p. 164. — Demante, Cours analytique, t. I, p. 73. — Ordonn. du conseil d'État, du 11 avril 1834.

partir de la simple déclaration qu'exigeait la Constitution de l'an VIII <sup>1</sup>; il indique même deux circulaires du ministre de la justice, des 16 janvier 1817 et 27 mars 1831, relatives aux formes de cette déclaration <sup>2</sup>. D'après ces usages, que nous nous expliquons difficilement, l'article 1 de la loi de 1849, en exigeant l'obtention du bénéfice de l'article 13 du Code Napoléon comme point de départ du stage, aurait imposé une obligation nouvelle, et l'article 6 aurait sauvégaré les droits de ceux qui avant cette loi auraient déjà fait cette déclaration dans les formes indiquées par les deux circulaires précitées.

19. Enfin, laissant de côté tout ce qui, dans la loi de 1849, n'est que la reproduction du droit antérieur à 1848, je signalerai une dernière innovation; elle a trait au caractère de l'intervention du conseil d'État dans la concession des lettres de naturalisation. Cette intervention, nécessaire autrefois seulement dans le cas de naturalisation extraordinaire <sup>3</sup>, est rendue toujours obligatoire; et au lieu d'exiger seulement l'avis du conseil d'État, la loi exige son avis favorable (art. 1<sup>er</sup>); le gouvernement pouvant bien encore refuser la concession des lettres malgré le conseil d'État, mais ne pouvant plus les accorder sans lui. J'ai dit combien avaient été chaudement discutés les droits des deux pouvoirs législatif et exécutif; l'intervention forcée du conseil d'État, et surtout l'obligation de n'agir que sur son avis favorable, furent regardées comme une satisfaction donnée au pouvoir législatif, dont le conseil d'État n'était guère alors qu'une commission. C'est assez dire que cette innovation, dont la raison était dans un état de choses qui n'existe plus, pourrait sans danger, je dirai même sans résultat sensible, disparaître de la loi de 1849.

20. Telles sont les transformations qu'a subies la naturalisation depuis 1848 jusqu'au régime actuel. Il résulte de ce rapide aperçu que la grande naturalisation est une institution susceptible de faire surgir de graves difficultés d'application, en présence surtout des lois électorales, par la division qu'elle établit entre l'électorat et l'éligibilité, entre deux droits que tout appelle à rester unis. Dans ses dispositions sur ce point, la loi de

<sup>1</sup> *De la qualité de Français*, p. 90.

<sup>2</sup> *Id.*, p. 87.

<sup>3</sup> Art. 2 du sénatus-consulte organique du 19 février 1808. — Ordonn. du 18 septembre 1839, art. 17. — IX. B. 681, n° 8190.



1849 n'a fait que reproduire les errements de la législation antérieure; et les scrupules constitutionnels dont j'ai parlé ont seuls rendu un moment incertain le rétablissement de l'ordonnance de 1814. Pourquoi cependant cette scission des droits politiques d'électorat et d'éligibilité? On comprend très-bien que l'on établisse deux naturalisations, l'une rendant Français, l'autre rendant citoyen, la première concédée par le pouvoir exécutif, la seconde par le pouvoir législatif; mais pourquoi faire des moitiés de citoyen? Si l'on pense que l'intervention du pouvoir législatif soit nécessaire, pourquoi exiger moins de garantie de celui qui nomme le législateur que de celui qui reçoit cette mission? le délégué a-t-il donc moins de pouvoir que celui qu'il délègue? M. Mauguin avait compris ce vice de l'ordonnance de 1814, et avait nettement séparé ces qualités de Français et de citoyen, en réservant à la grande naturalisation l'effet de concéder les droits politiques en général, sans distinguer entre l'électorat et l'éligibilité. Regrettons que, sans donner au moins une raison suffisante, la chambre ait cru devoir retourner purement et simplement à l'ordonnance de 1814. S'il m'était permis d'émettre un vœu sur cette grave matière, je demanderais de deux choses l'une : ou qu'il n'y eût qu'une naturalisation entraînant assimilation complète de l'étranger au national, ou qu'on réservât à la grande naturalisation l'effet de donner accès aux fonctions publiques et aux charges de l'État. On refuse l'accès des chambres aux naturalisés simples, parce que *« à chaque instant on peut avoir avec les pays auxquels ils doivent le jour des difficultés telles qu'il faille délibérer sérieusement, et qu'une voix dans la balance puisse empêcher une grave décision, parce qu'il s'agit là d'un sentiment national qu'on ne prend bien que dans le pays où l'on est né<sup>1</sup>. »* Mais si l'on craint la voix d'un ex-étranger dans une délibération sur une guerre ou un traité, que ne craint-on son influence quand il est chargé de parler au nom de la France ou d'en conduire les armées; et cependant la grande naturalisation n'est exigée ni pour les ambassadeurs, ni pour ceux qui occupent les grades les plus élevés dans l'armée. Si l'on craint l'action si minime d'un membre d'une chambre, que ne craint-on le pouvoir direct et presque complet que donnerait le titre de ministre? Il me

<sup>1</sup> *Moniteur* du 22 novembre 1849.

semble qu'abstraire ainsi l'éligibilité, et exiger pour l'obtenir des garanties jugées inutiles pour les autres droits politiques, c'est édicter une règle arbitraire et sans raison d'utilité apparente. Aussi, malgré la prétention qu'elle émet de reproduire les dispositions des anciennes ordonnances des rois de France, l'ordonnance de 1814 a-t-elle établi une règle inconnue jusqu'à elle. Il serait facile, mais superflu, de montrer que les ordonnances de 1386<sup>1</sup>, 1431 et 1579, visées dans l'ordonnance de 1814, offrent des dispositions d'un tout autre caractère; que ressemblant en cela au décret du 5 nivôse an II cité plus haut, elles prononçaient des exclusions formelles contre les étrangers naturalisés, les écartant en général des fonctions publiques, et en particulier de la possession des bénéfices séculiers ou de prélature. Ces exclusions me paraissent ne ressembler que de bien loin à cette distinction des droits d'électorat et d'éligibilité qui forme tout l'esprit de l'ordonnance de 1814. Ces recherches sortiraient du cadre de cet article, et d'ailleurs n'auraient ici aucun résultat; quelles que soient les règles anciennes, et quand même l'ordonnance de 1814 pourrait invoquer des titres historiques, l'institution que l'on est convenu d'appeler aujourd'hui la grande naturalisation ne m'en semblerait pas moins difficile à justifier dans sa nature, et féconde en difficultés dans l'application.

CH. BEUDANT.

---

<sup>1</sup> L'ordonnance de 1386 n'existe dans aucun recueil. Il est vrai que dans celle de 1431, Charles VII mentionne une ordonnance ultérieurement rendue sur le même sujet, et qui fait également défaut : peut-être serait-ce celle de 1386. — V. Recueil Isambert : pour l'ordonnance de 1386, t. VI, p. 783 ; pour celle de 1431, t. VIII, p. 783 ; pour celle de 1579, t. XIV, p. 38.

## DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN SUR CERTAINS POINTS DU DROIT CIVIL.

Par M. AUBÉPIN, docteur en droit, substitut à Nevers.

## CHAPITRE PREMIER.

## Introduction.

L'influence exercée par un grand génie sur une législation se reconnaît d'abord à des traits d'ensemble qu'il faut fixer dès le principe, au début de l'étude qu'on en veut faire, comme on place des jalons sur une route à parcourir. Elle se reconnaît encore à des traits particuliers dont elle marque certaines institutions de cette législation, et dans lesquels il faut rechercher l'application des caractères généraux qui lui ont été assignés dès l'abord.

Une législation n'est autre chose qu'un composé d'institutions partielles; elle ne peut recevoir d'impulsion, dans quelque sens que ce soit, sans que les institutions qui la composent soient les premières atteintes de ce mouvement. Comment agir sur l'ensemble autrement que par l'intermédiaire des parties? Comment imaginer qu'une influence, en passant successivement par les divers degrés pour s'élever au sommet, ne laisse pas sur son chemin quelques traces de son passage?

Parmi ces traces, les unes s'effacent au souffle destructeur du temps; d'autres restent profondément empreintes sur le sol juridique, et l'œil curieux de la science vient après des siècles les interroger et leur disputer le secret qu'elles recèlent.

Dumoulin a imprimé au droit français un double mouvement vers l'unité et vers la nationalité. Il a poursuivi pendant un demi-siècle l'idée d'un pouvoir unique, réunissant dans sa main tous les intérêts, toutes les ambitions, tous les partis, et les retenant enchaînés par les liens d'une législation uniforme, puisée aux sources vives de l'esprit national.

Réduite à ce double terme, son influence générale n'est parvenue à dominer l'ensemble de la législation que par l'intermédiaire des parties; à chaque institution qu'il a trouvée sur son passage, il s'est efforcé d'imposer ce double caractère. Quelquefois les institutions rebelles ont résisté, le plus souvent elles ont plié sous le poids de son bras, et reçu de son esprit créa-

teur une vie nouvelle. Parmi ces dernières, les unes ont laissé se perdre, au contact d'éléments étrangers, le souffle dont il les avait animées; les autres ont conservé pendant trois siècles le reflet vivant de sa pensée, le dépôt précieux de son génie.

Lorsqu'on examine de près ces institutions privilégiées qui sont arrivées jusqu'à nous avec le legs de l'âme juridique de Dumoulin, on les trouve toutes marquées au coin de cette pensée d'unité nationale dont il a rempli la législation.

Tantôt il s'agit d'une controverse célèbre parmi les jurisconsultes qui l'ont précédé dans la carrière, les glossateurs, par exemple, ou les Bartolistes; une divergence profonde divise la science en deux camps qui combattent l'un et l'autre à forces égales d'autorités et d'arguments; il semble qu'un accord soit impossible. Dumoulin paraît, propose une distinction lumineuse qui jette un jour nouveau sur le débat, force les deux partis à rendre les armes, et ramène la doctrine à un sentiment uniforme.

Tantôt c'est une théorie que le monde juridique admet unanimement dans son principe, mais dont l'application est vivement contestée dans une hypothèse particulière; de là des discussions qui sont bien près de mettre en échec le principe lui-même, et jettent la division au sein des docteurs. Dumoulin rend au principe sa véritable portée, et, avec une puissance de logique irrésistible, tire des conséquences qui effacent tous les doutes et ramènent l'unité.

Ailleurs vous le verrez porter la lumière dans les ténèbres d'une théorie abstraite, où l'obscurité entretient l'erreur, la réduire à des règles générales qui guident sûrement le jurisconsulte dans le dédale de ses applications, et la rendre au droit commun.

Partout la pensée-mère est uniforme. Les points de vue, néanmoins, peuvent varier, lorsqu'on pénètre dans la vie intime de cette pensée, et, si le caractère général de l'influence de Dumoulin reste partout le même, il affecte parfois des nuances qu'il faut remarquer. Ainsi, considérée à un certain point de vue, cette influence procède, tantôt du feudiste, et tantôt du jurisconsulte: ici c'est au droit féodal qu'il demande ses inspirations, là c'est au droit civil qu'il emprunte ses principes. A un autre point de vue, elle dérivera, soit du canoniste, soit du romaniste; dans un cas, ce sera à l'aide du droit romain

qu'il agira sur le droit français; dans un autre, il prend au droit canon une règle pour l'implanter dans le droit civil. Sous un dernier aspect, l'influence de Dumoulin s'exerce quelquefois directement et sans intermédiaire, tandis qu'ailleurs elle n'est qu'indirecte et médiate; parfois même il s'est montré longtemps hostile au principe qui nous arrive aujourd'hui sous l'égide de son nom.

On pourrait multiplier l'indication de ces nuances, qui varient presque à chaque pas. Une dernière toutefois mérite de fixer l'attention.

L'influence de Dumoulin s'attache de préférence aux contrats, et dans les contrats eux-mêmes à leur nature intime. Quels motifs assigner à cette particularité? La profondeur investigatrice d'un esprit supérieur suffit-elle à l'expliquer?

De toutes les théories édifiées par les jurisconsultes romains, il n'en était point assurément dont les principes fussent plus élevés, ni les parties mieux enchaînées, que celle des contrats; il n'en était pas non plus que les glossateurs, et les bartolistes après eux, eussent étudiée plus fortement et torturée plus audacieusement. Cette matière se présentait donc à Dumoulin, d'une part, comme un trait d'union entre le droit romain et le droit français; de l'autre, comme le foyer d'erreurs sans nombre qu'une application journalière devait rendre plus dangereuses encore. De plus, au XVI<sup>e</sup> siècle, tous les juristes étaient feudistes, non moins que jurisconsultes; or le fief était un contrat, et la plupart des questions qui s'élevaient dans les matières féodales pouvaient se ramener à des questions d'exécution ou d'interprétation de contrat. Et non-seulement le fief était un contrat, mais encore l'exercice des droits qu'il conférait le mettait en contact avec tous les contrats. Le profit seigneurial, par exemple, relief ou quint, lods ou rachat, frappait tous les contrats, et les frappait chacun dans un élément différent, tantôt dans la mutation de propriété qu'ils opéraient, tantôt dans le changement de personne qu'ils entraînaient, ailleurs dans leur nature de contrats translatifs de propriété. Que faisait donc le feudiste lorsqu'il étudiait l'application de ce profit à toutes les conventions qui pouvaient intervenir dans la vie civile, sinon toucher dans son essence, dans sa nature, dans ses conditions accidentelles d'existence, chacune de ces mêmes conventions? Aussi les glossateurs et les bartolistes avaient-ils comme in-

corporé la théorie romaine des obligations à leurs gloses et à leurs commentaires sur les *consuetudines feudorum*. Aussi, le *Traité des fiefs* de Dumoulin, et son *Traité des censives*, contiennent-ils, à ce point de vue, de vrais trésors où Pothier a largement puisé. Est-il besoin de rappeler que tout le système d'attaques de Dumoulin contre la féodalité civile se résumait dans un mot : le fief est un contrat, et qu'à ses yeux les profits seigneuriaux étaient l'une des armes les plus dangereuses de la puissance féodale ?

Des quatre études qui vont suivre, deux mettront surtout en relief l'idée qui précède, et montreront le feudiste proclamant, dans la matière des fiefs, des principes féconds que le siècle suivant transportera dans le droit civil. Les deux autres présenteront particulièrement le jurisconsulte arrachant une théorie aux controverses de la glose et des bartolistes, et la ramenant aux vraies tendances du droit français.

Ces études n'ont d'autre objet que celui de préciser, par des exemples, les manières diverses dont l'influence de Dumoulin a procédé dans le droit civil ; elles sont loin de prétendre à embrasser les limites du vaste cadre que cette influence a rempli. Il est peu de matières que Dumoulin n'ait abordées, soit dans leur ensemble, soit dans quelques-uns de leurs détails. La théorie des statuts, celle de la réserve dans les dispositions à titre gratuit, celle du legs particulier, portent encore aujourd'hui la trace de ses doctrines. On les retrouve aussi, sur le terrain des obligations, dans la théorie de la résolution des contrats en général, et du pacte de réméré en particulier, dans les principes relatifs à la subrogation, à la garantie, à la preuve ; dans la sphère des privilèges hypothécaires, le droit de revendication lui doit son nom. Faut-il citer encore la théorie des obligations divisibles et indivisibles qu'on ne peut séparer de l'*extricatio labyrinthi dividui et individui*, et celle de la rente constituée qui a son origine dans le *Tractatus contractuum, usurarum, reddituum*, etc. ?

Parmi ces divers sujets, les uns ne laissent pas se dégager assez librement l'influence de Dumoulin ; les autres, à raison de leur étendue, se refusent à une étude partielle ; quelques-uns, pour le motif contraire, ne peuvent rentrer dans un aperçu général. Nous avons cru trouver surtout l'influence de Dumoulin libre et complète à la fois dans les matières de la révocation des

donations pour survenance d'enfant, de la vente et des promesses de vente, du partage et des dommages-intérêts.

## CHAPITRE II.

De la révocation, pour cause de survenance d'enfant, des donations faites en contrat de mariage.

**I. De la résolution des contrats en droit romain.** — Au nombre des controverses léguées au XVI<sup>e</sup> siècle par les siècles précédents, une des plus graves et des plus ardentes avait pour objet la révocation des donations par survenance d'enfant. Dumoulin n'a point dans cette matière, comme dans celles qui suivront, doté la science d'une théorie complète; son nom s'est attaché seulement à un détail de ce vaste sujet, aux donations faites en contrat de mariage; mais, dans cette sphère restreinte, son autorité a exercé une influence qui mérite de fixer l'attention.

Avant d'aborder l'étude de sa doctrine, il est nécessaire d'interroger les discussions qui l'avaient précédée, et, pour comprendre ces discussions dans leur origine, comme dans leurs développements, il est aussi nécessaire de parcourir rapidement la théorie des lois romaines sur la résolution des contrats.

On chercherait vainement, dans les jurisconsultes romains, l'exposé doctrinal d'un système complet sur la résolution des contrats; les distinctions aujourd'hui élémentaires de la résolution conventionnelle et de la résolution légale, et des diverses espèces de ce dernier genre, appartiennent à la science moderne; on en retrouve seulement chez eux le germe qui est dans la nature des choses. Leur attention s'est attachée surtout à la résolution conventionnelle dont on leur doit le développement.

Dès l'origine, et tant que l'influence prétorienne n'eut pas arraché le droit romain aux entraves de ses traditions primitives, la condition résolutoire fut bannie des contrats. Dans le *nexum*, type premier du contrat romain, et dans l'obligation littérale qui vint plus tard, le lien de droit résultait d'un fait matériel, auquel la volonté des parties pouvait bien imprimer dès l'abord une nature spéciale, de vente, par exemple, ou de prêt ou de dépôt, mais dont elle ne pouvait suspendre arbitrairement

l'existence, ni fixer d'avance arbitrairement l'extinction. Sous les dehors d'une convention, ces deux contrats cachait une véritable mancipation, réelle dans le *nexum*, fictive dans l'obligation littérale, c'est-à-dire un de ces actes que le droit romain qualifiait de *legitimi*, et dont la loi avait arrêté sans retour les modes précis de création et d'extinction <sup>1</sup>.

Le lien de droit, dans la stipulation, résultait, non plus d'un fait matériel, mais de la prononciation de certaines paroles sacramentelles; aussi la condition suspensive, qui ne contrariait pas ce principe fondamental, y fut-elle admise sans difficulté: en retour, le lien de droit, dans la stipulation, ne pouvait prendre fin autrement qu'il n'avait pris origine, c'est-à-dire par la prononciation des formules légales; aussi la condition résolutoire en fut-elle constamment bannie <sup>2</sup>.

Telle était la rigueur du droit; on y dérogea bientôt en éludant par des subterfuges les conséquences des principes qu'on n'osait attaquer en face.

Tout porte à croire que les moyens employés dans ce but furent les mêmes pour le *nexum*, le contrat littéral et la mancipation. Tantôt on ajouta au contrat qu'on voulait affecter d'une condition résolutoire une clause de fiducie; tantôt on contracta auprès de ce même contrat une stipulation conditionnelle ayant pour objet la résolution du *nexum* ou du contrat littéral. Ce dernier mode atteignait seul le but proposé, parce que seul il attribuait à la résolution un effet rétroactif; le premier ne rétablissait les choses dans leur état primitif que pour l'avenir, on le trouvait surtout dans l'émancipation et dans le gage <sup>3</sup>.

La résolution s'introduisit de même dans la stipulation. Tantôt les parties soumirent l'obligation verbale qu'elles voulaient affecter de la condition résolutoire d'un fait quelconque, à la condition suspensive du fait contraire; tantôt, à côté de la stipulation principale, elles contractèrent une stipulation particulière qui soumettait à une condition suspensive la résolution de

<sup>1</sup> Sub conditione cognitor non rectè datur, non magis quàm mancipatur aut acceptum vel expensum fertur.... (*Fragmenta Vaticana*, § 320.) — L. 77, D., *De regulis juris*.

<sup>2</sup> Consentaneum... visum est verbis factam obligationem verbis posse dissolvi. (Gaius, comm. 3, §§ 168, 169 et suiv.)

<sup>3</sup> Gaius, comm. 1, § 140; comm. 2, §§ 59 et 60. — Paul, *Sentent.*, lib. 2, tit. 18, §§ 1 et suiv. — Savigny, *Traité de droit romain*, t. III, § 120.



cette stipulation principale. La première combinaison remplaçait seule avantageusement la condition résolutoire, parce que seule elle ramenait les parties à l'état de choses qui avait précédé le contrat. En dehors de là, toute clause résolutoire ajoutée à une stipulation demeurait sans effet, et, l'événement qu'elle prévoyait vint-il à s'accomplir, le stipulant n'en avait pas moins une *condictio* ou une action *ex stipulatu*, pour arriver à l'exécution du contrat <sup>1</sup>.

Le droit prétorien fut obligé de respecter les anciennes rigueurs du *nexum* et du contrat littéral <sup>2</sup>; pour la stipulation, loin de donner autorité aux subterfuges de la pratique, il partit de ce principe que nul ne peut s'enrichir sans droit aux dépens d'autrui; et, comme la création des exceptions était la voie ordinaire par laquelle il faisait entrer le droit naturel dans le droit civil, il accorda au promettant qui s'était engagé sous condition résolutoire, une exception *doli mali* ou *pacti conventi*, pour faire valoir contre les prétentions du stipulant l'accomplissement de la condition <sup>3</sup>.

Le droit prétorien exerça une influence plus décisive sur les contrats de bonne foi, et en particulier sur les contrats consensuels.

Dans ces contrats, la condition résolutoire devint une partie intégrante de la convention, elle donna une portée nouvelle à l'action qu'ils engendraient, *format ipsam actionem*, disait Ulpien; et une exception ne fut plus nécessaire pour la faire valoir, lorsque l'événement s'était accompli, l'action naissant du contrat lui-même y suffit: de là le principe transmis encore par Ulpien: *solemus dicere pacta conventa inesse bonæ fidei iudiciis* <sup>4</sup>. Cette théorie nouvelle souleva des objections. L'école de Proculus ne voulait voir dans les pactes résolutoires que des pactes ordinaires; il était irrationnel, disait-elle, de protéger par une même action et l'existence du contrat et sa résolution; aussi n'accordait-elle que l'action générale des pactes, *in factum* ou *præscriptis verbis* <sup>5</sup>. Pomponius répondait, avec les Sabinien, que le pacte résolutoire n'avait d'effet que sur l'obligation qui

<sup>1</sup> Savigny, *loc. cit.*, *ib. ib.*

<sup>2</sup> L. 77, D., *De regulis juris*.

<sup>3</sup> L. 44, § 1, D., *De oblig. et actionibus*.

<sup>4</sup> L. 7, §§ 5 et 6, D., *De regulis juris*.

<sup>5</sup> L. 12, D., *De præscriptis verbis*.

naissait du contrat, et non sur le contrat lui-même, et qu'il fallait s'attacher à la réalité plutôt qu'aux paroles prononcées par les contractants; il accordait donc l'action naissant du contrat <sup>1</sup>. Dans une opinion mixte, Paul accordait au choix l'action *ex empto* et l'action *proxima empti in factum* <sup>2</sup>. Cette opinion servit de base à une transaction. D'abord un rescrit d'Antonin et de Sévère trancha la question en faveur des Sabiniens; plus tard, les Proculéiens s'étant rattachés à l'opinion de Paul; un rescrit d'Alexandre sanctionna leur doctrine; enfin, peu à peu l'action *in factum* tomba en désuétude pour cette hypothèse, et l'action du contrat resta seule <sup>3</sup>.

II. *Suite.* — Les termes de condition résolutoire étaient inconnus des jurisconsultes romains; à leurs yeux toute condition était suspensive, seulement ses effets variaient selon qu'on l'appliquait à l'existence même du contrat ou à son extinction; dans ce dernier cas ils disaient de l'obligation, *sub conditione resolvitur* <sup>4</sup>. Leur doctrine était conforme à la nature même de la condition, qui emporte toujours avec elle une idée d'éventualité que blessent, il faut bien le dire, les notions plus abstraites de la science moderne sur la résolution conventionnelle. Appuyée sur cette notion, la théorie des jurisconsultes romains était facile à saisir.

Dès l'abord, et tant que la condition ne s'était pas accomplie, le contrat demeurait pur et simple, car sa création n'était point en jeu, chacun des contractants pouvait exercer les droits qu'il engendrait à son profit, de même qu'il devait subir les charges qu'il lui imposait. S'agissait-il, par exemple, d'une vente? L'acheteur, acheteur pur et simple, pouvait usucaper la chose vendue, si elle n'appartenait pas au vendeur; il en gagnait les fruits, il en supportait la perte, il pouvait l'aliéner, la grever de servitudes et d'hypothèques; on lui accordait les interdits pour en conserver la possession; en un mot, il y avait *venditio pura* <sup>5</sup>.

Lorsque la condition venait à s'accomplir, elle replaçait les parties contractantes dans l'état où elles se trouvaient avant le

<sup>1</sup> L. 6, D., *De contr. empt.*

<sup>2</sup> L. 6, D., *De rescind. vend.*

<sup>3</sup> L. 4, pr. D., *De lege commissor.*

<sup>4</sup> L. 2, pr. D., *De in diem addict.*

<sup>5</sup> L. 2, 3 et 4, § 4, D., *eod. tit.*

contrat dont elle effaçait toutes les conséquences; ainsi, en supposant encore qu'il s'agit d'une vente, l'objet vendu revenait aux mains du vendeur, libre de toutes les charges dont l'avait grevé l'acheteur; s'il ne se trouvait plus dans le domaine de ce dernier, le vendeur, réintégré dans sa qualité de propriétaire, pouvait en poursuivre la restitution contre les tiers, à l'aide de la revendication; la possession même de l'acheteur disparaissait pour faire place à celle du vendeur, qui était censée n'avoir jamais discontinué; en un mot on disait : *ita accipitur fundus esse inemptus*; et en précisant, on ajoutait, au sujet de l'acheteur, que *nihil penès eum residere oporteret ex re* <sup>1</sup>.

Ces effets remarquables ne s'appliquaient qu'aux *pacta adjecta*, c'est-à-dire aux conditions résolutoires insérées dans le contrat lui-même, *in continenti*, de telle sorte qu'ils fissent en réalité la loi au contrat, *quæ legem contractui dant, id est quæ in ingressu contractûs facta sunt* <sup>2</sup>. Les pactes résolutoires intervenus *ex post facto* étaient de simples pactes incapables d'engendrer une action, et donnant lieu seulement à une exception; ils différaient des précédents en ce qu'ils ne pouvaient être invoqués indifféremment par les deux parties, mais par celle-là seulement contre qui l'action du contrat était dirigée <sup>3</sup>. — On apporta plus tard une exception à ce principe, en donnant la qualité de pacte joint au pacte intervenu après le contrat, mais avant toute exécution, *re nondùm secutâ* <sup>4</sup>.

La filiation historique de la résolution conventionnelle, en droit romain, nous a forcés de demeurer jusqu'à présent dans la sphère des contrats nommés; ce n'est pas à dire que les contrats innommés et les pactes n'admissent pas également la condition résolutoire, elle cadrerait, au contraire, en tous points avec leur nature intime. Privés, en effet, d'une existence propre par le formalisme quiritaire, les pactes n'avaient pas de cause, et partant n'engendraient pas d'action; mais l'une des parties exécutait-elle la convention, cette exécution donnait une cause à l'obligation et faisait passer le pacte au rang de contrat in-

<sup>1</sup> L. 4, § 3, et L. 6, pr. D., *eod. tit.* — L. 3, D., *Quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* — L. 6, § 1, D., *De divers. tempor.* — L. 2, § 4, D., *Pro empt.* — L. 5, § 6, D., *De lege commiss.*

<sup>2</sup> L. 7, § 5, D., *De pactis.*

<sup>3</sup> *Ib. ib.*

<sup>4</sup> L. 7, § 6, D., *De pactis.*

nommé, de telle sorte que son existence était en réalité soumise à la condition d'une exécution, au moins partielle. Cette exécution prenait le nom d'*ob rem datum*, que les interprètes ont depuis étendue à la théorie entière. Si le pacte avait été modifié par une condition, soit suspensive, soit résolutoire, le fait d'exécution recevait la dénomination d'*ob conditionem datum*, et à l'événement de la condition, on poursuivait la résolution à l'aide d'une *condictio re non secuta*; les effets de la résolution étaient identiques à ceux déjà signalés dans les contrats nommés <sup>1</sup>.

Quant aux pactes qui, par leur nature ou par un fait d'inexécution, ne passaient pas à l'état de contrats innommés, ils n'engendraient qu'une exception; peu à peu néanmoins la législation tendit à donner aux plus importants d'entre eux une existence propre et une action à part; c'est ainsi que le droit impérial fit pour la donation <sup>2</sup>.

La donation à l'origine, comme tous les contrats romains, consistait dans une translation de propriété à laquelle les parties imprimaient seulement une cause spéciale de libéralité, *dono datio*; elle se consommait par les modes ordinaires, et dès lors elle n'était point susceptible de recevoir l'adjonction d'une condition résolutoire <sup>3</sup>: les subterfuges que nous avons indiqués plus haut pouvaient seuls la relever de cet interdit. La loi *Cincia* ne changea rien à ce principe pour les cas généraux; elle enferma, au contraire, la donation dans un cercle de prohibitions restrictives, exigeant l'emploi de la mancipation pour les donations de choses *mancipi* et de fonds italiques, et ne tolérant l'emploi de la tradition que pour les donations de choses *non Mancipi* et de fonds provinciaux. Seulement, par une exception de faveur, elle leva la nécessité de la mancipation pour certaines personnes privilégiées, à raison des liens de parenté qui les unissaient, *personæ exceptæ* <sup>4</sup>.

Antonin, le premier, reconnut une existence légale à la donation faite par simple convention; mais il restreignit son

<sup>1</sup> L. 35, § 4, D., *De mort. caus. donat.* — Savigny, *loc. cit.*, t. IV, append. 14, n° 7. — Pothier, *Pandect. Justin.*, lib. 12, tit. 4.

<sup>2</sup> L. 7, § 5, D., *De pactis.*

<sup>3</sup> L. 35, § 1, D., *De mort. caus. don.*

<sup>4</sup> *Fragm. Vatic.*, §§ 266, 293, 302, 310 et 311.

innovation aux *personæ exceptæ* de la loi *Cincia*<sup>1</sup>. Quoi qu'il en soit, à partir de cette époque, et pour ces cas privilégiés, la condition résolutoire entra dans les donations. Plus tard, Théodose et Valentinien attribuèrent le caractère de pacte légitime à la constitution de dot<sup>2</sup>. Enfin, Justinien le reconnut à la donation<sup>3</sup>.

Ce n'est pas à dire que la résolution conventionnelle ne s'introduisit dans les constitutions de dot qu'avec Théodose et Valentinien, et dans les donations qu'avec Justinien. D'abord l'innovation d'Antonin, en attribuant à une certaine classe de donations le caractère de pactes légitimes, munis d'une action propre, la *condictio ex lege*, introduisit la condition résolutoire dans ces donations privilégiées. Ensuite, les constitutions de dot et les donations non privilégiées, si elles restèrent de simples pactes, participèrent à ce titre de la *condictio re non secutâ*, toutes les fois que l'exécution les fit passer au rang de contrats innommés. Ulpien nous montre, à une époque reculée, la condition résolutoire dans la dot réceptice; et s'il parle à cette occasion de stipulation, *præterquàm si is qui dedit, ut sibi redderetur stipulatus fuit, quæ dos specialiter recepticia dicitur*, on n'en saurait conclure que cette forme de constitution fût pour ainsi dire sacramentelle dans la dot réceptice<sup>4</sup>. On la retrouve plus saillante encore dans la donation à cause de mort.

La condition résolutoire était tellement inhérente à cette sorte de donation, qu'elle en changeait, aux yeux des jurisconsultes, la nature primitive, *non propriè donatio dicitur*, et que, dans le doute, elle était présumée exister de préférence à la condition suspensive qui pouvait aussi constituer une donation à cause de mort<sup>5</sup>. Lorsqu'elle venait à s'accomplir, on accordait au donateur une *condictio* pour recouvrer les choses données, rien de plus logique<sup>6</sup>. Bientôt on voulut aller plus loin; l'importance chaque jour croissante de cette donation, et le développement de la théorie résolutoire dans les contrats

<sup>1</sup> *Ibid.*, n° 819. — L. 4, Cod. Théod., *De donation.*

<sup>2</sup> L. 6, Cod. Just., *De dot. promiss.*

<sup>3</sup> L. 35, Cod. Just., *De donat.*

<sup>4</sup> *Ulpiani Regulæ*, tit. 6.

<sup>5</sup> L. 1, D., *De donationibus.* — L. 15, D., *De manumiss.*

<sup>6</sup> L. 35, § 3, D., *De mort. caus. donat.*

nommés, conduisit à munir le donateur d'une action réelle. Ulpien soutint de son autorité cette innovation à son début; néanmoins il ne la présenta que comme une opinion particulière, *potest defendi*; la donation n'était alors en effet qu'un simple pacte, et longtemps l'école de Cassius tint pour la *condictio re non secuta*, comme les proculétiens avaient tenu pour l'action *in factum* dans les pactes joints des contrats nommés de bonne foi; enfin, le formalisme romain consentit à accorder au donateur une revendication utile<sup>1</sup>.

A partir de Théodose et de Justinien, la résolution se poursuivit dans les constitutions de dot, et dans toutes les donations sans exception, par une action propre, la *condictio ex lege*, qui ne fit point obstacle à l'emploi de la revendication dans les donations à cause de mort<sup>2</sup>.

III. *Suite.* — Auprès de la résolution conventionnelle des donations, la loi romaine avait créé certains modes arbitraires de révocation, la révocation pour cause de survenance d'enfant notamment.

Les donations, de leur nature et dès l'origine, étaient irrévocables: dès l'origine aussi, par une dérogation que les liens du patronage expliquent suffisamment, les patrons pouvaient révoquer à leur gré les donations dont ils avaient gratifiés leurs affranchis, quelle que fût la nature de ces libéralités et quel que fût le temps depuis lequel les donataires étaient en possession: *cum et si perfectis donationibus in possessionem inductus libertus, quantolibet tempore ea quæ sibi donata sunt, pleno jure ut dominus possederit, tamen omnis donatio mutata patronorum voluntate mutanda sit*<sup>3</sup>. L'arbitraire de ce pouvoir illimité, et les abus qu'il entraîna, durent amener bientôt la législation à le restreindre à des causes précises de révocation. A l'époque de Constantin, ces causes étaient au nombre de deux, l'ingratitude du donataire et la survenance d'un enfant au donateur depuis la donation, lorsqu'au moment de cette donation le donateur était sans enfants. Est-ce au droit prétorien, est-ce aux constitutions impériales qu'il faut attribuer cette innovation? Les textes n'offrent, à cet égard, aucun élément de solution; il est néanmoins permis de présumer que

<sup>1</sup> L. 29, D., *ead. tit.*

<sup>2</sup> L. 1, D., *De condict. ex lege.*

<sup>3</sup> *Fragm. Vaticana*, §§ 272 et 313.

l'usage tendait depuis longtemps à restreindre à ces deux cas le pouvoir du patron donateur, qu'il trouva dans le droit prétorien une faveur et un appui qui l'affermirent encore, et qu'enfin les empereurs lui donnèrent la sanction légale. Quoi qu'il en soit, la loi 8 au code *de revocandis donationibus*, est le seul monument que nous ayons sur la révocation pour cause de survenance d'enfant ; elle contient un édit de Constantin, ainsi conçu : « Si unquam libertis patronus filios non habens » bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donacione » largitus, et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerit revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditio- » mansurum <sup>1</sup>. »

Pour que la révocation eût lieu, il fallait donc que le donateur n'eût pas d'enfants au moment de la donation, et qu'il lui en survînt ensuite ; cette survenance, enfin, rappelait dans son domaine les biens qui en étaient sortis. Tels sont les trois points fixés par la loi. Maintenant, l'application de cette loi était-elle restreinte aux donations faites par les patrons à leurs affranchis ? Comprendait-elle toutes sortes de donations, quelle que fût leur nature ou leur quotité ? Quelles étaient les conséquences de la résolution qu'elle prononçait ? Autant de questions, autant de problèmes dont plus tard la glose cherchera péniblement la solution.

La science moderne ne paraît s'être arrêtée qu'à la première difficulté. Les uns ont vu dans la loi *si unquam* une hypothèse particulière à laquelle Constantin appliquait un principe général que les textes ne nous avaient pas conservé, et qui prononçait la révocation pour cause de survenance d'enfant de toutes sortes de donations, quelles qu'elles fussent. Cette opinion, admissible peut-être à une époque où les *Fragmenta Vaticana* n'avaient pas encore livré le secret de la filiation historique qui précède, semble abandonnée aujourd'hui. La loi *si unquam*, d'ailleurs, contient un édit, c'est-à-dire une disposition générale inconciliable avec cette opinion, et non point un rescrit, comme il faudrait pour qu'elle pût se soutenir. Enfin, qu'on n'objecte pas que dans les donations ordinaires ce mode de révocation était alors sans équivalent, ce qui serait en effet peu vraisemblable, car il était efficacement remplacé par la querelle d'inof-

<sup>1</sup> L. 1, 7, 9 et 10, Cod., *De revoc. don.*

ficiosité que les constitutions impériales avaient étendue des donations aux testaments<sup>1</sup>. S'il fallait encore un argument, on pourrait le tirer du silence que gardent les textes sur ce point, lorsqu'ils sont cependant si explicites sur l'extension, à toutes sortes de donations, de la révocation pour cause d'ingratitude.

Tel est le caractère des lois romaines sur la résolution des contrats en général, et sur la résolution des donations en particulier. La nature des discussions que la glose élèvera bientôt sur tous ces points, expliquera pourquoi nous avons étudié cette matière, même en dehors des donations.

#### IV. *Théories des glossateurs sur la révocation des donations par la loi si unquam.*

Le travail des glossateurs sur les lois romaines fut surtout un travail d'interprétation : adonnés à l'étude de ces lois, non-seulement dans un intérêt scientifique, mais encore pour les besoins d'une application journalière, ils imaginèrent un vaste système syllogistique, applicable, soit au droit entier, soit à certaines matières, et destiné à guider la pratique dans l'interprétation des textes. Ce système fut plus tard régularisé par les bartolistes, sous les auspices de la scolastique. Ainsi fut-il notamment en matière de résolution.

Lorsque, par une disposition impérative, dans une loi ou dans une convention, le législateur édicte une injonction, ou les parties contractantes font un accord, en vue d'un fait éventuel, cette disposition peut recevoir exécution, à l'événement du fait éventuel, de deux manières : ou bien elle reçoit exécution d'elle-même, par la force virtuelle du contrat ou de la loi, de telle sorte que l'intervention du pouvoir public soit inutile pour la munir de la force exécutoire ; ou bien, au contraire, cette intervention est nécessaire, parce que le contrat ou la loi ne contient pas un titre d'exécution. Les glossateurs, en présence de ce double résultat, disaient que dans le premier cas la disposition contenait en elle-même le titre exécutoire, *sententiam latam*, et que dans le second elle portait seulement un titre de nature à recevoir du juge la force d'exécution dont elle était dénuée, *sententiam ferendam*. Ils qualifiaient de *directa* les termes des lois ou des conventions qui contenaient une *sen-*

<sup>1</sup> Savigny, *loc. cit.*, t. IV, § 168.



*sententiam latam*, et d'*obliqua* ceux qui contenaient une *sententiam ferendam*; la portée des termes était-elle incertaine, variant, suivant les cas, du sens direct au sens indirect, ils les qualifiaient de *communia*, *scilicet directa et obliqua*. Enfin, une constante application de ces principes les avait conduits à reconnaître qu'en général les verbes au présent et au passé étaient *directa*, et les verbes au futur, *obliqua*<sup>1</sup>.

Les glossateurs appliquaient ces notions à la résolution des contrats. Prenant pour type la résolution conventionnelle, telle que le droit romain l'avait établie dans les contrats consensuels, dans la vente notamment, ils disaient que dans ce dernier cas les termes de la loi résolutoire étaient *directa*, comme ceux-ci, *res sit inempta*, et qu'ils contenaient une *sententiam latam*; puis, résumant dans une formule précise la nature rétroactive de la condition résolutoire et ses effets, ils ajoutaient que la résolution avait lieu *prout ex tunc, ex causâ antiquâ et primavâ, ipso jure*. — A l'opposé, lorsque la résolution n'entraînait pas les effets qui la distinguaient dans les pactes joints du droit romain, la glose disait que les termes de la loi étaient *obliqua*, qu'ils contenaient une *sententiam ferendam*, et que la résolution avait lieu, *prout ex nunc, per sententiam, ex causâ novâ*<sup>2</sup>. — Bartole modifia un peu cette doctrine en lui appliquant sa théorie des aliénations nécessaires dont nous montrerons ailleurs l'origine et le développement; il distingua, comme ses devanciers, deux sortes de résolution; mais à la première il assigna une cause dérivant nécessairement du contrat résolu, de sorte qu'elle n'en constituait, pour ainsi dire, qu'une exécution, *prout ex tunc, ex causâ necessariâ*; à la seconde il assigna une cause volontaire, extrinsèque au contrat, et procédant d'une convention postérieure et distincte, *prout ex nunc, ex causâ voluntariâ*<sup>3</sup>. — Enfin, prenant toujours pour point de départ les dispositions du droit romain sur les pactes joints dans la vente, les glossateurs avaient dressé une sorte de lexique de la langue résolu-

<sup>1</sup> Tiraqueau, *De utroque retractu, de retractu conventionali*, § 1, gl. 7, n<sup>os</sup> 13 à 17. — Id., *Comment. in leg. si unquam*, v<sup>o</sup> *Revertatur*, n<sup>os</sup> 21 et s. — On retrouve même cette distinction dans les théologiens du temps; vid. Suarez, *Tractatus de Legibus*, lib. 5, cap. 6 et 7. *Quando leges pœnales continent sententiam ferendam et non latam*.

<sup>2</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Bartole, sur la loi *et ideò*, D., *De cond. furt.*

toire, composé des termes le plus habituellement employés dans les lois et les conventions, et ils avaient attribué à chaque terme de cet idiome le caractère de *directum*, d'*obliquum* ou de *commune*<sup>1</sup>.

Cette attribution sur laquelle les docteurs étaient rarement d'accord, servait de base à toutes leurs divergences sur la nature et les effets de la résolution, dans la matière de la révocation des donations pour cause de survenance d'enfant notamment.

Les diverses questions que nous avons vues déjà se soulever en présence de la loi *si unquam* attirèrent dès l'abord l'attention des glossateurs; chacun des termes de cette loi devint le siège de nombreuses et ardentes controverses qui, perpétuées par le temps, ne devaient s'apaiser que plusieurs siècles après devant les dispositions précises de l'ordonnance de 1731. Telle était, dès le temps de Tiraqueau, la confusion des systèmes, qu'il a fallu à cet infatigable docteur un gros volume pour les résumer, et que souvent, loin encore du terme de ses explorations dans cet inextricable dédale, il a brisé sa plume, désespérant d'arriver au but; *penè hujus tractationis me cepit fastidium, quod ex eo pedem referre monet*<sup>2</sup>. Qu'on en juge par le simple sommaire qui va suivre :

*Si unquam libertis patronus*, disait la loi; voulait-elle par là restreindre sa disposition aux donations faites par un patron à son affranchi? Que fallait-il décider pour les donations faites à l'Église? à un ami, *magno cuiquam amico*? à un époux?

*Filios non habens*, poursuivait-elle; quelle était la portée du mot *filios*? Comprenait-il les filles? Excluait-il les petits-fils? Que dire des cas où le donateur avait des enfants vivants, qu'il croyait morts?

*Bona omnia vel partem aliquam*, continuait l'édit; quelle était cette portion? Devait-elle s'entendre de la moitié, du tiers ou du quart? Ces termes n'excluaient-ils pas la donation d'objets particuliers? Que penser des donations modiques?

*Donatione largitus* : La loi s'entendait-elle strictement des donations? Comprenait-elle toutes sortes de donations, mutuelles, rémunératoires ou onéreuses, les dispositions *ob cau-*

<sup>1</sup> Tiraqueau, *Comm. in leg. si unquam*, v° *Revertatur*, n° 30 à 266.

<sup>2</sup> Tiraqueau, *ubi sup.*, v° *Revertatur*, n° 266.

*sam* en général? Que décider des donations déguisées, des remises de dettes, des pactes matrimoniaux, des donations à cause de mort? etc., etc.

*Susceperit liberos* : Quel était le sens précis du mot *liberos*? Que penser des enfants adoptifs? de ceux que le droit canonique qualifiait de *fili spirituales*? des enfants naturels ou légitimes? de l'enfant simplement conçu? de celui qui devait le jour à l'opération césarienne? etc., etc.

*Revertatur* : Quelle était la portée résolutoire de ce mot? Quels étaient les effets de la résolution qu'il prononçait?

Chacun de ces problèmes mériterait une étude spéciale; les discussions qu'ils ont soulevées parmi les glossateurs, les erreurs même qu'ils ont fait surgir, se reflètent encore aujourd'hui dans les textes législatifs qui ont eu pour but de les résoudre; les limites de notre sujet nous obligent de n'aborder que deux de ces difficultés : — Quels sont les effets de la résolution prononcée par la loi *Si unquam*? — Cette loi s'applique-t-elle aux donations faites en contrat de mariage?

L'examen de ces difficultés suppose comme admise dès l'abord l'extension de la loi *Si unquam* à toutes sortes de donations en général. Ce n'est point à dire que les docteurs l'admissent généralement; un certain nombre d'entre eux la contestaient même très-vivement; mais les mœurs de l'époque obligeaient les opposants à restreindre leur doctrine à la théorie, et à reconnaître que dans la pratique elle était inadmissible. Salicet, par exemple, après avoir soutenu la restriction par tous les moyens que pouvait lui fournir la dialectique subtile de la glose, avouait *quod consulendo non sequeretur, cum opinio communis sit in contrarium*<sup>1</sup>. La pratique, en effet, avait depuis longtemps secoué toutes ces susceptibilités; et il y avait déjà quatre siècles que la loi lombarde de Rotharis, copiant et étendant à toutes sortes de donations la loi *si unquam*, avait édicté la disposition qui suit : « Si quis se desperaverit, propter senec-  
» tutem aut propter infirmitatem corporis filios non posse ha-  
» bere, et res suas alii thingaverit, posteaque eum contigerit  
» filios legitimos procreari, omnem thing, quod est donatio,  
» quod prius fecerat, rumpatur, et filii legitimi aut plures qui  
» postea nati fuerint, hæredes in omnibus patri succedant. —

<sup>1</sup> Tiraqueau, *ubi sup.*, v° *Libertis*, n° 40 et 74.

» Si autem filias legitimas unam aut plures seu filios naturales  
 » unum aut plures post thinx factum habuerit, habeant et ipsi  
 » legem suam, sicut suprâ constitutum est, tanquàm si nihil alii  
 » thingatum fuisset<sup>1</sup>. » Ricard a donc bien raison de dire que  
*cette discussion est, quant à présent, plus curieuse que profitable*,  
 et dès son époque il y avait longtemps que soutenir le système  
 de la restriction était *soutenir un paradoxe*<sup>2</sup>.

V. *Suite*. — Cela posé, les glossateurs donnaient générale-  
 ment pour base à la loi *Si unquam* une fiction à l'aide de laquelle  
 ils rattachaient leurs théories à la théorie générale du droit ro-  
 main sur la résolution conventionnelle. Il est vraisemblable,  
 disaient-ils, que le donateur qui n'avait pas d'enfants au moment  
 de la donation n'eût pas fait cette donation s'il eût pensé avoir  
 une postérité dans l'avenir; il est vraisemblable dès lors qu'il  
 l'a faite sous une condition tacite de résolution pour le cas où il  
 lui surviendrait un enfant. — Quelle sera maintenant la nature de  
 cette résolution, le cas échéant? Faut-il assimiler cette condi-  
 tion tacite aux conditions expresses contenues dans les *pacta*  
*adjecta* du droit romain? Ou plutôt quelle est la portée résolu-  
 toire du mot *revertatur* que contient la loi *Si unquam*?

Ici commençaient les divergences : les uns tenaient qu'il était  
 de sa nature et toujours *directum*, les autres qu'il était *obli-*  
*quum*, quelques-uns qu'il était *commune, scilicet directum et*  
*obliquum*<sup>3</sup>. De là des conséquences, diverses selon le principe.  
 Pour les premiers, le mot *revertatur* contenait une *sententiam*  
*latam*, et la résolution qu'il prononçait avait lieu *ipso jure*; dès  
 lors, par le seul fait de la naissance de l'enfant, le donateur re-  
 devenait propriétaire des choses données et pouvait les reven-  
 diquer, *rem ipsam donatam, natis liberis, vindicare, tanquàm*  
*ipso jure dominus effectus*; si la donation contenait une clause  
 de constitut ou de précaire qui en maintint la possession entre  
 ses mains, le seul fait de la naissance changeait la nature de  
 cette possession, et de relative la rendait absolue.... *natis liberis*  
*hujusmodi constitutum ipso jure resolvitur ac revocatur quem-*  
*admodum et donatio principalis*<sup>4</sup>. — Aux yeux des autres doc-  
 teurs, le mot *revertatur* contenait seulement une *sententiam*

<sup>1</sup> *Lex Langobardorum*, tit. 61, *De exhereditatione*.

<sup>2</sup> Ricard, *Traité des donations*, 3<sup>e</sup> part., chap. 5, sect. 1, n<sup>o</sup> 565.

<sup>3</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, v<sup>o</sup> *Revertatur*, n<sup>os</sup> 6, 7, 8.

<sup>4</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, *ib.*, n<sup>os</sup> 1 et 2.

*ferendam*, la résolution avait lieu *ex nunc*; elle contenait une nouvelle translation de propriété du donataire au donateur, car le domaine, disaient-ils, ne pouvait jamais passer d'une tête sur une autre sans tradition, et le donateur avait seulement une action personnelle pour contraindre le donataire à lui faire cette tradition.... *obliquum et significans quòd per manum alterius res retradatur.... non retransferitur dominium ipso jure sine traditione*<sup>1</sup>.

Entre ces deux systèmes absolus s'en plaçait un troisième, né de leur conflit, qui d'une part tenait que le mot *revertatur* était *directum* et que la résolution avait lieu *ipso jure*, et d'autre part enseignait qu'elle était néanmoins subordonnée à la volonté du donateur..... *donationem certè revocari ipso jure, sed ita demùm tantùm si pater id velit*<sup>2</sup>.

D'après ces divers points de départ, la première opinion et la troisième étaient naturellement conduites à conclure que les aliénations consenties ou les charges imposées par le donataire avant la révocation s'effaçaient de plein droit, et que les choses données revenaient libres aux mains du donateur; ainsi concluaient-elles en effet.... *quia resolutio jure datoris ex necessitate, et sine voluntate illius ad hoc destinata, resolvitur jus emptoris*<sup>3</sup>. Les docteurs qui suivaient la seconde opinion étaient de même conduits à enseigner que la chose donnée restait grevée des charges que lui avait imposées le donataire, d'après le principe d'Ulpien<sup>4</sup>. Cependant il semble qu'ils ne poussaient pas tous jusqu'à ce point les conséquences de leur doctrine; ils commencèrent, au contraire, par distinguer entre le cas où le donataire avait aliéné la chose donnée à titre onéreux, et celui où il l'avait aliéné à titre gratuit, maintenant l'aliénation dans le premier, parce que l'acquéreur, disaient-ils, *certat de damno vitando*, et l'effaçant dans le second, parce que l'acquéreur, ajoutaient-ils, *certat de lucro captando*. Plus tard, ils renoncèrent à cette distinction et se rallièrent franchement aux deux autres systèmes<sup>5</sup>. Mais cette concession souleva de suite une objection contre eux. Si le donateur pouvait reprendre aux

<sup>1</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, *ib.*, n° 8 et 17.

<sup>2</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, *ib.*, n° 10.

<sup>3</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, v° *Revertatur*, n° 330.

<sup>4</sup> Ulpien, L. 6, § 8, D., *Comm. divid.*

<sup>5</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, v° *Revertatur*, n° 329.

mais des tiers les choses données, il ne pouvait exercer ce droit qu'à l'aide d'une revendication, et cependant ils lui accordaient seulement une action personnelle. Ils sentirent de suite que concéder encore sur ce dernier point, c'était abandonner le système entier; aussi prirent-ils un biais et accordèrent-ils au donateur une action *personalis in rem scripta.... quin et quum actio personalis tantum competit, ea tamen si rem afficit, et rem quoque sequitur et possessorem*; or, poursuivaient-ils, *constat rem donatam esse huic revocationi affectam, ex dispositione hujus legis*<sup>1</sup>.

Les glossateurs étaient plus logiques lorsqu'il s'agissait de savoir à partir de quelle époque le donataire devait restituer au donateur les fruits de la chose donnée.

Parmi ceux qui enseignaient que la révocation avait lieu *ipso jure* par la naissance de l'enfant, les uns, poussant jusqu'au bout les suites de leur principe, voulaient que le donataire restituât les fruits à partir de la donation. La loi *si unquam* ne disait-elle pas *totum quidquid largitus fuerit revertatur?... Totum*, c'est-à-dire, suivant la glose, *sine ulla diminutione*; *quidquid*, c'est-à-dire, suivant Balde, *dictio præcisè universalis, omnia scilicet comprehendens, vel minutissima quæque, ut nihil omninò reliqui faciat*. L'effet rétroactif de la révocation ne devait-il pas d'ailleurs remettre les choses au même état que si la donation n'avait pas eu lieu? *Habet oculos retrò, videlicet ad tempus dispositionis*<sup>2</sup>.

— Les autres plus sages repoussaient cette conséquence, mais avec de mauvaises raisons : la loi *Si unquam*, disaient-ils, ne rappelle dans le domaine du donateur que les choses qui s'y trouvaient au moment de la donation et qu'elle en a fait sortir; or le donateur n'a pas donné les fruits, *ut qui tempore donationis nondùm essent in rerum naturâ*<sup>3</sup>. Il eût mieux valu raisonner de la bonne foi du donataire qui devait lui assurer les fruits dans tous les cas jusqu'à la survenance de l'enfant.

Parmi les docteurs qui voyaient dans la loi *Si unquam* une résolution *ex nunc*, il y avait également divergence, comme plus haut. Les uns n'obligeaient le donataire à la restitution des fruits qu'à courir de la demande judiciaire du donateur, à *tem-*

<sup>1</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, v° *Revertatur*, n° 328.

<sup>2</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, v° *Totum*, n° 1; v° *Quidquid*, n° 1; v° *Revertatur*, n° 275 à 279.

<sup>3</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, *ib.*, n° 279 à 288.

*pore quò res est petita, quum donatarius nec rem quidem ipsam teneatur restituere, nisi fuerit petita.* Les autres, partant de ce principe que la bonne foi du donataire devait dominer la solution du problème, faisaient dater la restitution du jour où le donataire avait connaissance, de quelque manière que ce fût, de la survenance de l'enfant, *si donatarius ignoraret filios donanti fuisse susceptos, non tenetur nisi tanquam bonæ fidei possessor*<sup>1</sup>.

Enfin le troisième système qui exigeait, pour que la révocation eût lieu, que le donateur manifestât sa volonté à cet égard, ne faisait courir les fruits que du moment où cette déclaration avait été légalement portée à la connaissance du donataire.... *Sed tùm demùm tantùm quùm donator declaraverit velle donationem revocari*<sup>2</sup>. Ici encore ce système faisait de la conciliation.

VI. *Suite.* — Ce premier problème épuisé, il nous reste à rechercher si les donations faites en contrat de mariage tombaient sous l'application de la loi *Si unquàm*. La raison de douter venait d'abord de la fiction qui servait de base à la loi, ensuite de la nature même de ces donations.

Toute donation, aux yeux de la loi *si unquàm*, nous le savons, était censée faite sous la condition résolutoire tacite de la survenance d'un enfant au donateur; le donateur était présumé n'avoir pas songé aux enfants qui pourraient lui survenir dans la suite. D'où les glossateurs concluaient que si le donateur avait songé à sa postérité future, soit expressément, soit tacitement, la loi n'avait plus d'application. Leur principe, toutefois, n'était pas unanimement admis : tandis que les uns l'appliquaient sans distinction dans tous les cas, les autres exigeaient que les circonstances du fait révélassent quelque présomption en sa faveur, et Bartole notamment posait la règle suivante : *in dubio non præsumitur quis cogitare de liberis*. Pour les premiers, la présomption était *in genere*; les seconds voulaient qu'elle se rencontrât *in specie*<sup>3</sup>.

Les docteurs qui repoussaient le sentiment de Bartole, tels que Socin, Cornélius, Arétin et Ripa, raisonnaient comme il suit des donations faites en contrat de mariage : La procréation des enfants est le but et la fin de l'union conjugale. Or celui qui fait

<sup>1</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, ib., n<sup>os</sup> 268 et 269.

<sup>2</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, v<sup>o</sup> *Revertatur*, n<sup>o</sup> 273.

<sup>3</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, *Præfatio*, n<sup>o</sup> 78 et suiv.

une donation en contrat de mariage songe nécessairement à la progéniture qui naîtra de ce mariage; la loi ne s'applique donc pas à cette donation<sup>1</sup>. — Les docteurs qui suivaient Bartole s'en référaient simplement à leur principe<sup>2</sup>. Voilà pour le premier point de vue.

En se plaçant au second, c'est-à-dire en étudiant la nature des donations matrimoniales, les glossateurs découvraient entre elles et les donations ordinaires des différences notables. Celles-ci puisaient leur source dans la volonté libérale du donateur exclusivement; celles-là, au contraire, paraissaient prendre leur origine dans le mariage qu'elles avaient pour but de faciliter, ou plutôt le résultat qu'elles poursuivaient semblait mélanger d'un caractère onéreux la nature purement gratuite qu'elles prenaient dans l'intention du donateur. Les glossateurs, s'attachant à ce caractère, disaient qu'elles étaient faites *ad sustinenda onera matrimonii*, et ils les rangeaient dans la classe des donations *ob causam*<sup>3</sup>.

Or ils étaient loin de s'entendre sur l'application de la loi *Si unquam* aux donations *ob causam*. Les uns, arguant de textes nombreux tirés des lois romaines, établissaient que ces sortes de libéralités n'étaient soumises ni à la révocation pour cause d'ingratitude, ni à la prohibition des donations entre époux, ni à l'insinuation, ni à la querelle d'officiosité; ils arguaient encore de la loi *Aquilius Regulus* qui les exemptait des rigueurs de la loi *Cincia*; ils montraient qu'elles constituaient moins des donations que des contrats innommés *do ut des*, et qu'elles contenaient plutôt une sorte d'échange compensatoire, *compensatio de re ad rem*, qu'une véritable libéralité<sup>4</sup>. — Les autres, sans contester formellement cette solution, tranchaient la difficulté par une distinction: Toute donation *ob causam*, disaient-ils, est complexe, partie onéreuse, partie gratuite; et ils alléguaient une foule de textes et d'autorités pour appuyer cette doctrine. Dans la partie onéreuse, poursuivaient-ils, elle échappe à la loi, car alors *non est propriè donatio*; dans la partie gratuite, elle

<sup>1</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, *Præfatio*, n° 67.

<sup>2</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, *ib. ib.*, n° 70.

<sup>3</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, v° *Donatione largitus*, n° 216, 217 et suiv. — Louet, *lett. D*, somm. 11, n° 1.

<sup>4</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, v° *Donatione largitus*, n° 11, 12 et suiv., n° 97, n° 139, 140, 141 et suiv. — Louet, *ubi sup.*, n° 2.



tombe sous son application, car alors *censetur mera, simplex, gratuita et pura donatio*<sup>1</sup>.

Cette divergence se reproduisait quand il s'agissait de fixer, par rapport à la loi *Si unquam*, la nature des donations matrimoniales.

Était-il question d'une donation faite en contrat de mariage par l'un des époux, n'importe à qui elle s'adressât, l'époux donateur était censé avoir songé en la faisant aux enfants qu'il pourrait avoir de son mariage et avoir ainsi fait tomber la fiction sur laquelle reposait la loi. — La donation s'adressait-elle spécialement à l'autre époux, elle devenait onéreuse, *ob causam*; du mari à la femme, elle constituait une rémunération de la dot que le mari avait reçue; de la femme au mari, elle était destinée *ad sustinenda onera matrimonii*. En quoi d'ailleurs, ajoutait-on, la révocation pourrait-elle être utile aux enfants qui trouveront toujours les biens donnés soit dans la succession de leur père, soit dans l'hérédité de leur mère<sup>2</sup>?

Lorsque le donateur était un ascendant, les uns raisonnaient simplement de la cause onéreuse imposée à la donation; les autres distinguaient: la donation était onéreuse et dès lors irrévocable en ce qu'elle ne dépassait pas la légitime, gratuite et portant révocable en ce qu'elle l'excédait<sup>3</sup>. C'était assez mal raisonner, dans un sens comme dans l'autre, car il suffisait, pour soustraire la donation à la loi *Si unquam*, de faire remarquer que le donateur avait des enfants au moment où il la faisait, et que la loi exigeait qu'il n'en eût pas, *filios non habens*.

Enfin, quand le donateur était un étranger, on invoquait comme plus haut les intérêts du mariage qu'il avait dû prendre en considération et qui faisaient de sa donation une donation *ob causam*<sup>4</sup>.

Les discussions qui s'élevèrent sur ces différents points amenèrent avec le temps des modifications. L'époux donateur, disait la glose, devait être présumé avoir songé aux enfants qui na-

<sup>1</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, ib. ib., ib. ib.

<sup>2</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, *Præfatio*, n° 11, 69 et 71. — Boerius, *Decisiones*, déc. 159, chap. 3, n° 10. — Le président Favre, *Cod.*, tit. 38, lib. 8, déf. 3.

<sup>3</sup> Louet, *ubi sup.*, n° 2.

<sup>4</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, v° *Donat. larg.*, n° 240. — Louet, *ubi sup.* — Boerius, *ubi sup.*

traient de son mariage; on ne tarda pas à comprendre que ce motif faisait défaut, lorsque l'époux était d'âge trop tendre pour que la pensée d'une procréation future pût le frapper; aussi l'abandonna-t-on pour cette hypothèse : *eam intellige in iis qui tam maturæ ætatis sunt ut verisimiliter cogitent de liberis, dum matrimonium contrahunt; secus si tam teneræ ut nec liberos nec aliud quippiam futurum cogitent, ut sæpè fieri solet*<sup>1</sup>.

De même on comprit que la fiction sur laquelle reposait l'application de la loi ne cadrerait nullement avec l'hypothèse où le donateur était un étranger, qu'il fût ou non célibataire; aussi enseigna-t-on bientôt qu'elle n'était applicable qu'au cas où le donateur était l'un des époux... *Quum is est de cujus matrimonio agitur, secus si alius quispiam de cujus matrimonio non agitur, donet fortè ipsis sponsis aut alteri eorum, ut fit plerumque*<sup>2</sup>. — Il est vrai que sur ce point on invoquait, en outre, la cause onéreuse de la donation, et qu'on pouvait, à l'aide de ce second motif, maintenir l'application de la loi. Mais on vit bientôt que la loi, dans cette hypothèse, étant invoquée par le donateur, il fallait, pour qu'on lui opposât avec raison le caractère onéreux de la donation, que la libéralité fût précisément onéreuse à son égard, et non-seulement à l'égard du donataire. Cette remarque fut mise en lumière par Alexandre, Jean Faber et Jason. *Dotis datio facta ab extraneo, disait le premier, dicitur esse mera liberalitas, donatio, titulus lucrativus*. Les deux autres ajoutaient : *Ea donatio mera est et liberalis, quum causa illius nihil omnino respiciat favorem aut utilitatem donantis, sed tantum ejus cui donatur*<sup>3</sup>.

Cette doctrine eut néanmoins quelque peine à s'établir; tout en l'adoptant, certains docteurs lui reprochaient d'entraîner des inconvénients, dont certains autres s'armaient ensuite pour la repousser. La dot, disait-on, pouvait être ainsi réclamée pendant le mariage, *contrà jus commune*; on aurait ainsi des mariages sans dot; de plus la donation, en supposant même qu'elle s'adressât à la femme, si elle constituait à son égard un titre lucratif, n'en contenait pas moins pour le mari un titre onéreux dont on le dépouillait sans droit; enfin cette révocation blessait

<sup>1</sup> Tiraqueau, *ubi sup.*, *Præfatio*, n° 71.

<sup>2</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, *Præfatio*, n° 72.

<sup>3</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, v° *Donatione largitus*, n° 240.

les tendances favorables du mariage, *postremò quòd fit revocatio contrà favorem publicum*<sup>1</sup>.

Quoi qu'il en soit, on admettait généralement en France, au commencement du XVI<sup>e</sup> siècle, que les donations matrimoniales qui provenaient d'un étranger tombaient sous le coup de la loi *Si unquam*, et l'on se fondait pour le décider ainsi sur deux raisons qui étaient la réfutation directe des vieilles erreurs de la glose. *Nihil est*, disait le président Bohier (Boerius) en parlant de l'étranger donateur, *propter quod de suis ipsius futuris liberis cogitaret*<sup>2</sup>. — Louet poursuivait « que pour juger les donations pures et simples, onéreuses ou rémunératoires, il fallait considérer non tant la personne du donataire que du donateur, se pouvant rencontrer que *onus sit ex parte donatarii, mera vero liberalitas ex parte donantis*; et que quand on a excepté de la loi *Si unquam*, les donations *ob causam* rémunératoires, c'est *quandò ex parte donantis judicantur ob causam, quandò donans aliquid utilitatis percipit ex donatione*; autrement c'est *mera liberalitas ex parte donantis*. » Puis il ajoutait : « De dire que *omnis donatio facta ab extraneo aut ab alio quam patre vel ascendente in contractu matrimonii vel favore matrimonii facta, ob causam censenda erat*; c'était contre toute raison; *donationes factæ in contractu matrimonii etiam à consanguineo vel ab extraneo inter donationes merè simplices et causam lucrativam habentes judicatæ erant*. — *Ubi mera liberalitas, ibi pura donatio*<sup>3</sup>. »

Enfin, à la même époque, on tenait avec la glose que les donations faites en contrat de mariage par les ascendants étaient onéreuses jusqu'à concurrence de la légitime, et en ce qu'elles excédaient *merè simplices*, et en ce dernier point soumises à la révocation<sup>4</sup>.

VII. *Le Traité de Dumoulin : De donationibus factis vel confirmatis in contractu matrimonii*. — Les controverses étaient à ce point lorsque parut Dumoulin. Le *Traité des Fiefs* effleura ces diverses questions qui n'offraient pas un grand intérêt dans la sphère du droit féodal. Un procès que Dumoulin eut à soutenir au Parlement de Paris contre son frère, Ferry Dumoulin,

<sup>1</sup> Tiraqueau, *loc. cit.*, *ibid.*, n° 248.

<sup>2</sup> Boerius, *Decision.*, décis. 159, cap. 3, n° 10.

<sup>3</sup> Louet, *ubi sup.*, n° 1 et 2.

<sup>4</sup> Louet, *ubi sup.*, n° 2.

le força de les aborder plus sérieusement et le conduisit à les trancher d'une manière précise.

De quoi s'agissait-il donc au procès? En fait, Dumoulin, au début de sa lutte contre la féodalité, cénobite de la science, se reléguant dans une solitude féconde, avait fait à son frère Ferry une donation de tous ses biens pour se délivrer des soins étrangers à son œuvre. Cette donation était du mois d'octobre 1531. Plus tard, le 2 février 1535, Ferry avait épousé Marguerite Maillard, et il lui avait constitué par son contrat de mariage un douaire considérable, à la sûreté duquel tous ses biens avaient été de plein droit affectés; Dumoulin était intervenu à ce contrat pour confirmer la donation de 1531.

En 1538, cédant sans doute, quoiqu'il s'en défende, aux charmes d'une union dont il avait dès l'abord violemment brisé les liens, Dumoulin avait épousé Louise de Beldon; un enfant était né de ce mariage; c'était le cas de la loi *Si unquam*.

Cependant Marguerite Maillard, l'épouse de Ferry, était venue à décès dans cet intervalle, laissant plusieurs enfants; par l'effet de ce décès, le douaire constitué en 1535 s'était ouvert au profit de ses enfants.

Le 31 décembre 1547, Dumoulin se pourvut par lettres de chancellerie en révision de sa donation de 1531 en s'appuyant sur la loi *Si unquam*, et il poursuivit l'entérinement de ces lettres devant la chambre des requêtes du Parlement de Paris; mais une sentence du 31 décembre 1549 le débouta de sa requête. Appel de cette sentence au parlement<sup>1</sup>.

En droit, deux questions étaient pendantes: — la loi *Si unquam* s'appliquait-elle aux donations faites en contrat de mariage? — Quel était l'effet de la révocation qu'elle prononçait? — En d'autres termes, la donation de 1535 était-elle soumise à la loi *Si unquam*? — En admettant une solution affirmative, la révocation laissait-elle les biens donnés soumis à l'hypothèque

<sup>1</sup> Brodeau, *Vie de Dumoulin*. — Dumoulin, s'il faut en croire Brodeau, avait attaqué la donation de 1531 non-seulement du chef de la loi *Si unquam*, mais encore pour cause d'ingratitude du donataire; ce dernier point explique sans doute comment, auprès du traité que nous analysons, s'en rencontre un autre sous ce titre: *Tractatus de inofficiosis donationibus, testamentis et dotibus*. Le Parlement ne s'arrêta, comme on le verra, qu'au premier moyen, le seul qui importe ici.

du douaire de Marguerite Maillard, même après leur retour dans le domaine du donateur?

Chacune des parties produisit ses moyens et signifiâ ses requêtes. Dumoulin offrit à ses juges, pour les guider dans le dédale de la glose, son *Tractatus de donationibus in contractu matrimonii factis vel confirmatis*.

Dumoulin, dans son traité, ne se préoccupe guère que de la première question en litige. Cette question, dit-il, est complexe; il faut se demander d'abord si la loi frappe les donations faites dans un contrat de mariage, en vue même du mariage; et ensuite si elle atteint les donations pures et simples confirmées postérieurement dans un contrat de mariage. Le premier point est surtout important.

Sur ce premier point, quatre hypothèses peuvent se produire : la donation est faite, ou par un des époux à l'autre, ou par un des époux à un étranger, ou encore à l'un des époux par un tiers tenu de l'obligation de doter, ou enfin à l'un des époux par un étranger.

*Première hypothèse.* — La glose, nous le savons, apportait trois motifs pour soustraire à l'application de la loi *Si unquam* les donations faites par l'un des époux à l'autre : le donateur est censé avoir songé aux enfants qui naîtront du mariage, l'intérêt de ces enfants est toujours sauvegardé, la donation est onéreuse. — Le premier motif, aux yeux de Dumoulin, est peu sûr, *parùm tuta est in jure*, parce qu'il présuppose que la révocation a lieu exclusivement dans l'intérêt du donateur et non dans l'intérêt des enfants, ce qui est fort douteux, *quod non est in jure expeditum*. — Le second, quoique plus vrai, n'est pas complet; car, si l'époux donataire a des enfants d'un premier mariage, les enfants qui naîtront du second ne viendront pas à la succession dans la même mesure de droits qu'ils seraient venus, après la révocation, à celle de l'époux donateur<sup>1</sup>. — Le troisième est juste si on l'applique à une convention *de lucro dotis*, ou à une donation *propter nuptias*, c'est-à-dire à des actes de soi onéreux et ordinairement réciproques; mais il fait défaut si la donation est pure et simple et n'est en aucune façon destinée à compenser pour le donataire un avantage qu'il a fait au donateur. Qu'on ne dise pas que le mariage seul suffit à rendre oné-

<sup>1</sup> Dumoulin, *Tractat. de donat.*, etc., n<sup>o</sup> 1, 6 et 7.

reuse une donation qui, d'ailleurs, serait absolument gratuite; autant vaudrait dire que le mariage est chose vénale et que l'amour conjugal se paye et s'estime à deniers comptants : *Tamen matrimonia non debent esse venalia... , nec matrimonium in se, nec conjugalis amor aliquam hujusmodi compensationem vel æstimationem recipit*<sup>1</sup>.

Que faut-il donc décider? S'il s'agit de donations onéreuses de leur nature, pactes dotaux ou autres, la loi *Si unquam* ne les atteint que dans leur partie gratuite, c'est-à-dire en ce qu'elles excèdent la mesure ordinaire et raisonnable de ces sortes de donations, *probabilem et consuetum modum*. S'il s'agit de donations purement gratuites de soi, elles échappent en principe à la loi *Si unquam*, parce que le droit sauvegarde toujours l'intérêt des enfants, en obligeant l'époux donataire qui survit de leur abandonner la propriété des choses données, et de n'en retenir que l'usufruit. (*Loi Fœminæ, Cod. De secund. nup.— Nov. 98, cap. 1.*) Mais dans le cas où l'intérêt que protège la loi *Si unquam* ne trouverait pas dans ces dispositions une sauvegarde suffisante, la loi reprend son empire. En un mot, *lex locum habet in donationibus factis in ipso contractu matrimonii et ejus favore... Cæteris tamen paribus, id est quatenus donatio lucrativa est, et de gravi filiorum præjudicio agitur*<sup>2</sup>.

*Seconde hypothèse.* — C'est encore l'un des époux qui donne, mais à un étranger; la glose arguë de la présomption *quod cogitasset de liberis*. Quelques docteurs, Alexandre et Corneius entre autres, lui ont déjà répondu; Dumoulin répond après eux que la présomption ne va pas de soi, qu'elle doit être spéciale, et qu'en l'absence de preuves particulières elle fait défaut. Comment supposer, d'ailleurs, que la pensée qui lui sert de base ait pu frapper la fiancée qui, d'ordinaire, ignore les joies et les douleurs de la maternité?... *Præsertim in virgine non expertâ stimulos, adfectus xal τὰς στροφάς filiorum*<sup>3</sup>.

*Troisième hypothèse.* — La donation vient d'un étranger astreint à l'obligation de doter; aux yeux de la glose, la cause

<sup>1</sup> Dumoulin, *loc. cit.*, n° 9.

<sup>2</sup> Dumoulin, *loc. cit.*, n° 7 et 11 à 36. — Il développe longuement ce motif, en le plaçant soit avant la loi *Fœminæ*, soit sous son empire, soit sous l'empire des législations qui l'ont rejetée; nous n'avons point à le suivre dans cette digression.

<sup>3</sup> Dumoulin, *loc. cit.*, n° 37 et 38.

onéreuse de cette libéralité la soustrait à la révocation. Dumoulin va sans doute rappeler les docteurs à la lettre de la loi *Si unquam, filios non habens*; loin de là, il adopte leur principe en le modifiant seulement. Au regard du mari, la donation est faite *ad sustinenda onera matrimonii*; au regard de la femme, elle puise une cause onéreuse dans l'obligation de doter imposée au donateur; mais, dans un cas comme dans l'autre; la cause onéreuse s'arrête là où s'arrête aussi l'obligation du donateur; à titre de donation *ob causam*, la donation dont il s'agit est en partie gratuite, en partie onéreuse: onéreuse dans la limite que la position du donateur, son rang et sa fortune fixent à son obligation; gratuite au delà..... *Lucrativa quatenus excessiva est, et quatenus probabilem, congruum et consuetum dotandi modum excedit*<sup>1</sup>.

En vain opposerait-on que la destination a peut-être été la cause déterminante du mariage; n'est-ce pas mettre dans la bouche du mari ces paroles impies: *Non eam duxissem uxorem, si scivissem socerum alios procreaturum filios*<sup>2</sup>?

*Quatrième hypothèse.* — Le donateur est un étranger non astreint à l'obligation de doter; la loi *Si unquam* produit alors tous ses effets, personne n'en a jamais douté, *et hoc casu nullus unquam dubitavit*. Il convient néanmoins, pour plus d'exactitude, de distinguer deux cas différents: ou la donation est faite soit à titre de dot, soit à titre de donation anténuptiale, ou elle est pure et simple<sup>3</sup>.

Dans le premier cas, le caractère de la donation varie selon qu'on le considère à l'égard de la femme ou à l'égard du mari. A l'égard de la femme, la donation contient un titre purement lucratif: dès lors elle tombe sous la loi *Si unquam*; à l'égard du mari, elle renferme un titre onéreux, *dotatio, titulus onerosus*, mais ce titre onéreux n'est pas essentiel à la donation; il dépend du fait qui lui imprime un caractère particulier; il s'efface dès lors avec ce fait lui-même; c'est-à-dire avec le mariage: d'où la conséquence que si, durant le mariage, le donateur a un enfant, la donation est bien révoquée, mais en droit

<sup>1</sup> Dumoulin, *loc. cit.*, n° 47 à 60.

<sup>2</sup> Dumoulin, *ibid.*, n° 57. — Jason tenait l'opinion contraire; *si tamen, dit Dumoulin, ejus opinio est, et non potius allegatio fucata, multo que auro à clientulo redempta*. (*Ibid.*, n° 58.)

<sup>3</sup> Dumoulin, *loc. cit.*, n° 64.

seulement, *in habitu*, et la révocation ne peut produire ses effets légaux qu'à la dissolution du mariage, *sed non in effectu, quandiù constat illud matrimonium*<sup>1</sup>. Dumoulin veut ainsi pallier les inconvénients que devaient entraîner, suivant quelques docteurs que nous avons déjà signalés, les doctrines plus absolues d'Alexandre et de Jason.

Dans le second cas, la donation constitue une simple libéralité, *non desinit esse merè liberalis et gratuita*, soumise dès lors sans aucun obstacle à la révocation de la loi *Si unquam*, soit qu'elle s'adresse à l'un des époux, ou bien aux deux époux à la fois<sup>2</sup>.

VIII. *Suite*. — Des deux points dont l'examen constitue le *traité* de Dumoulin, le premier est donc vidé; reste le second: La loi atteint-elle les donations qui, faites d'abord purement et simplement, sont plus tard confirmées dans un contrat de mariage? La question elle-même entraîne la solution, et les distinctions applicables au premier cas vont de soi dans le second. Qu'est-ce, en effet, que la confirmation d'une donation, sinon la reproduction de cette donation? *Nec enim aliud est quàm ejusdem donationis recognitio et perseverantia, donatore in eodem statu manente, qui non poterat non fateri, non recognoscere, non gratum habere, cujus revocandi causam nondùm habebat*<sup>3</sup>.

Le *traité* est terminé; cependant, des deux questions soulevées devant la Cour, une seule est résolue. Quant à l'autre, relative aux effets de la résolution résultant de la loi *Si unquam*, Dumoulin la passe sous silence. Pourquoi? Parce qu'à son époque elle n'est plus l'objet d'aucune controverse sérieuse. Déjà il l'a rencontrée dans son *Traité des fiefs*, et la manière dont il l'a tranchée, sans discussion, comme s'il invoquait des principes acquis, montre assez quelle était sur ce point l'opinion générale.

La révocation a lieu de plein droit, à la condition par le donateur de manifester son intention de révoquer sa libéralité, *certum est quòd ipso jure revocatur per natiuitatem filiorum*,

<sup>1</sup> Dumoulin, *loc. cit.*, n<sup>os</sup> 65, 66 et suiv. à 75.

<sup>2</sup> Dumoulin, *loc. cit.*, n<sup>o</sup> 75.

<sup>3</sup> Dumoulin, *loc. cit.*, n<sup>o</sup> 84. — Il continue ainsi : *Ut mihi contigit, adeò ut infelicem cœlibatum quem Reipublicæ philosophandi causâ diù solegeram, coactus fuerim uxori (non ad voluptatem et ad divitias, sed ad restitutionem et conservationem domûs et otii studia instauranda), commutare.*



*cum declaratione voluntatis donatoris*; elle ne contient point une translation de propriété du donataire au donateur, elle procède d'une condition tacite inhérente à la donation, *non nova mutatio, sed resolutio primæ ex conditione resolutivâ inexistente donationi*; les fruits ne sont pas dus par le donataire au donateur à partir de la donation, *non reducitur ad non causam pro tempore præterito*, mais seulement à courir du jour où le donataire a été légalement sommé de restituer ses biens donnés, *postquam donatarius hoc scivit, et de restituendo interpellatus fuit et constitutus in malâ fide*<sup>1</sup>.

Dumoulin ne dit rien encore ici du sort des hypothèques consenties par le donataire sur les biens donnés avant la révocation, mais il nous apprend ailleurs que la doctrine qui, à son époque, aurait maintenu ces hypothèques, se serait trouvée en conflit avec l'opinion commune et la raison... *Esset contra jus et contra concordem omnium sententiam qui tenent purè et simpliciter resolti*<sup>2</sup>.

L'avis de Dumoulin sur ces divers points est donc incontestable; il faut remarquer seulement qu'il lui donne pour base la nature même de la résolution conventionnelle; *ex conditione resolutivâ*, et non une appréciation de la portée résolutoire du mot *revertatur* de la loi *Si unquam*, comme faisaient ses devanciers. Ce n'est pas à dire, toutefois, qu'il refuse son attention aux doctrines des glossateurs sur la portée des divers termes de l'idiome résolutoire: dans ses livres, comme dans les leurs, il est question des *verba directa, obliqua, communia*, de la *sententiam latam* et de la *sententiam ferendam*; mais il ne leur accorde pas une importance exclusive, et il pose en principe qu'il faut s'attacher aux choses plus qu'aux paroles: *Non est imponenda lex verbis nec verborum formulæ, sed rebus*<sup>3</sup>. Ailleurs, appliquant son principe, il donne le même effet à des *verba directa* et à des termes qui, bien que non classés parmi les *verba directa*, emportent de soi une exécution de plein droit. Enfin, arrivant à sa conclusion, il distingue deux sortes de *verba directa*, les uns, *directa et resolutiva ex propriâ sui formâ et figurâ*, les autres, *directa et resolutiva per antecedens necessarium*; et plus

<sup>1</sup> Dumoulin, *ad consuet. Paris.*, tit. 1, § 33, gl. 1, n° 58.

<sup>2</sup> Dumoulin, *Tract. de donat.*, etc., n° 85 et 86.

<sup>3</sup> Dumoulin, *ad consuet. Paris.*, tit. 1, § 33, gl. 2, n° 11 et 12; gl. 1, n° 13, 14 et 15.

loin il pose cette thèse qu'aurait répudiée Bartole, *quod verba etiam futuri temporis quæ sonant in executionem facti, præsupponunt et inducunt dispositionem de præsentibus, et operantur ipso jure tanquàm directa*<sup>1</sup>. Le point de vue philologique perd chaque jour de son importance dans la science du droit, et cette matière nous offre un des mille exemples de la transition qui s'est opérée, au XVI<sup>e</sup> siècle, sous les auspices de Dumoulin, de l'école bartoliste à l'école française.

Tels étaient donc les divers moyens que produisait Dumoulin devant le Parlement de Paris, contre son frère Ferry, pour appuyer l'entérinement de ses lettres de rescision. Que répondait le donataire intimé? Papon, un contemporain, n'a recueilli parmi ses moyens de défense que le suivant, qui lui a paru, dit-il, le plus urgent, à savoir que la donation *en contrat de mariage du donataire avoit été faite, et aussi qu'auparavant le dit mariage, le dit donateur avoit publié qu'il vouloit faire la dite donation, et qu'il la feroit, s'il trouvoit parti à propos pour son frère, le dit donataire, et qu'à ceste parole, il avoit trouvé la femme qu'il avoit, à laquelle à ce moyen il ha constitué grand douaire, et que sans telle chose jamais il ne l'eust eue*<sup>2</sup>.

En d'autres termes, Ferry soutenait que la donation de 1535 était une donation *ob causam*, et *in genere*, comme donation matrimoniale, et *in specie*, à raison des circonstances qu'il signalait. Nous avons vu comment Dumoulin répondait.

Le Parlement rendit son arrêt aux audiences de Pâques, le 12 avril 1551, présidant François de Saint-André. Même avant l'arrêt, paraît-il, Ferry avait fait à son adversaire d'importantes concessions : il avait demandé qu'en tout événement, les biens donnés restassent affectés entre les mains du donateur du douaire constitué à sa défunte épouse. Dumoulin, paraît-il encore, qui, dans ce procès, comme il le dit, aurait voulu pouvoir sacrifier ses intérêts à ses affections, avait agréé cette demande, à la condition que l'hypothèque du douaire serait simplement subsidiaire<sup>1</sup>.

Aussi l'arrêt prononça-t-il les renonciations et donations de 1531 et de 1535 « avoir esté et estre révoquées et résolues par

<sup>1</sup> Dumoulin, *loc. cit.*, tit. 1, § 33, gl. 2, n<sup>o</sup> 11 et 12.

<sup>2</sup> Papon., *Arrêts*, liv. 11, tit. 1, art. 20 et 21.

<sup>1</sup> Dans le texte de l'arrêt de 1551 (*OEuvres de Dumoulin*, t. IV, p. 1183). *Tractat. de donat.*, n<sup>o</sup> 86.

» le moyen de la naissance des enfants naturels et légitimes du  
 » dit appelant, advenus puis icelles donations et renonciations,»  
 et condamna-t-il «le dit maistre Ferry Dumoulin laisser et souffrir  
 » jouyr le dit appelant des dites choses à luy ainsi données....  
 » et luy en rendre et restituer les fruits par iceluy maistre Ferry  
 » pris et perceus depuis contestations de cause,.... à la charge  
 » de l'hypothèque du douaire préfix et constitué par le dit  
 » maistre Ferry par le traicté de mariage à la dite feue Margue-  
 » rite Maillard, sa femme, *pour laquelle hypothèque les dits*  
 » *biens donnez demeurent chargez et hypothéquez subsidiaire-*  
 » *ment au cas que les biens du dit maistre Ferry ne seroient*  
 » *trouvez suffisants pour iceluy douaire....*<sup>1</sup> »

Ainsi donc, et c'est un point qu'il est utile de constater avant d'aller plus loin, l'arrêt de 1551 accordait aux enfants de Ferry une hypothèque subsidiaire sur les biens frappés de la révocation, non point par une décision doctrinale, mais d'après le consentement de Dumoulin lui-même, par une concession dérogative que peuvent seuls expliquer les faits du procès. Il faut laisser parler Dumoulin : *Ex his satis liquet hanc clausulam hypothecæ non fuisse ad positam mero jure nec motu senatus, esset enim contra jus et contra concordem omnium sententiam qui tenent purè et simpliciter resoluti... SED FUIT ADPOSITA DE EXPRESSO CONSENSU MEO, ETIAM MANU PROPRIA SUBSCRIPTA ET IN ACTO RELATA*<sup>2</sup>.

IX. *De la doctrine et de la jurisprudence après Dumoulin.* — L'arrêt de 1551 fixait deux points : d'abord il déclarait la révocation applicable aux donations faites en contrat de mariage par un étranger à l'un des époux, de plus il assignait à cette révocation les effets d'une résolution proprement dite, effaçant les charges imposées par le donataire à la chose donnée.

Sur le premier point, la doctrine, après Dumoulin, suivit presque unanimement le principe qu'il avait proclamé, mais sans s'arrêter aux distinctions par lesquelles il avait cru devoir le modifier. A peine trouve-t-on parmi les auteurs plus rapprochés de lui quelques traces de ces distinctions. Coquille, il est vrai, rapportant l'arrêt de 1551, rendu en sa présence, et voulant expliquer à sa façon la partie du dispositif relative à l'hypothèque subsidiaire, écrit que *l'intérêt de la femme dudit M<sup>e</sup> Ferry était*

<sup>1</sup> Œuvres de Dumoulin, t. IV, p. 1182, 1183, 1184.

<sup>2</sup> Dumoulin, *Tract. de donat.*, n° 86.

*la seule cause qui pût faire que la donation de 1535 fût contrat onéreux*, et que, *pour le surplus, c'était contrat pur lucratif et libéralité, et par conséquent sujet à la loi Si unquam*<sup>1</sup>. Mais en même temps, d'Argentré pose en principe, sans aucune distinction, que les donations puisent leur caractère onéreux, non dans l'avantage qu'en peut retirer le donataire, mais dans le profit qu'en peut avoir le donateur; qu'ainsi les donations faites en contrat de mariage ne sont pas, par cela seul, onéreuses; qu'on ne peut attribuer ce caractère qu'à celles qui sont faites par l'un des époux, *matrimonii sui causâ*; que dès lors il faut refuser le titre de donations matrimoniales aux libéralités que le donateur fait en vue d'un mariage étranger, *alieni matrimonii causâ*, et que ces libéralités tombent sous le coup de la loi *Si unquam, non minus quam simplices quasvis et merè lucrativas*<sup>2</sup>. Enfin Louet, à l'appui du passage que nous avons relaté plus haut, cite l'arrêt de 1551<sup>3</sup>.

En vain, poursuit le président Favre, objecterait-on que la donation faite par un étranger a eu pour résultat de déterminer le mariage; d'abord, la cause exigée par le droit pour constituer une donation *ob causam*, s'entend d'une cause finale et non d'une cause impulsive; or *verba illa, favore matrimonii, causam impulsivam continent potius quam finalem*; ensuite, le donataire ou son épouse a dû prévoir que la donation serait révoquée de plein droit, si jamais il survenait un enfant au donateur<sup>4</sup>.

La jurisprudence suit la même voie. On objecte bien toujours que la donation se fait, non en considération du donataire, mais du mariage, et que par ce moyen elle regarde le mari, la femme et les enfants à la fois; on ajoute bien que la révocation, dans cette hypothèse, mettrait en péril les droits de la femme. Les arrêts n'en jugent pas moins pour la révocation, et les arrêtistes répondent que la donation s'adresse avant tout au donataire qui peut en disposer à sa guise; que de plus la femme a ses tuteurs naturels qui l'assistent au contrat de mariage, et qui ne peuvent, non plus qu'elle-même, accepter la donation que sous la charge

<sup>1</sup> Coquille, sur *Nivernais, Des donations*, art. 13.

<sup>2</sup> D'Argentré, sur la *cout. de Bretagne*, art. 220, gl. 1, n<sup>o</sup> 1, 2 et suiv.

<sup>3</sup> Louet, lett. D, somm. 11, n<sup>o</sup> 1 et 2.

<sup>4</sup> Fabre, *Codic.*, tit. 38, lib. 8, déf. 2.

de la révocation légale<sup>1</sup>. On le décide ainsi à Paris comme à Toulouse ; à Toulouse notamment, on suivait ce principe avant l'arrêt de 1551 ; à plus forte raison le suit-on après<sup>2</sup>.

Enfin, au XVIII<sup>e</sup> siècle, au moment où la codification de 1731 va donner à cette doctrine la sanction légale, Poquet de Livonière la range au nombre des règles du droit français : « Les » donations faites en contrats de mariage par des étrangers » non obligés de doter, *quoiqu'en quelque façon onéreuses*, sont » révocables par la survenance des enfants, parce qu'elles sont » gratuites de la part du donateur<sup>3</sup>. »

De même que sur ce point la doctrine et la jurisprudence ont adopté le principe de Dumoulin, reflété par l'arrêt de 1551, sans s'arrêter à ses distinctions qui dénotaient encore le voisinage de la glose, de même feront-elles pour les donations venant de l'un des époux ou d'un descendant.

Dans le premier cas, avant Dumoulin, on décidait sans distinction que la donation venant d'un époux, qu'elle s'adressât ou non à l'autre époux, échappait à la loi, *quòd cogitatum erat de libertis*. Après Dumoulin, le président Favre n'appliquera plus cette fiction qu'à la donation faite par l'un des époux à l'autre, *... sed is demùm qui uxorem ducturus ad suscipiendos liberos ob hoc ipsum uxori donat ut eam ducat ac proinde liberos suscipiat*. Autrement, ajoute-t-il avec raison, il ne faudrait soumettre à la révocation que les donations dont les auteurs seraient veufs ou célibataires, opinion absurde, selon l'expression de Clarus, *Clarus dicit hoc fore absurdum valde*<sup>4</sup>.

La distinction prendra de l'autorité avec le temps, la jurisprudence viendra la confirmer, et Ferrière en proclamant le résultat, présentera la fiction qui sert de base à la révocation comme une *présomption juris et de jure*, inhérente aux donations faites en contrat de mariage par l'un des époux à l'autre. La procréation des enfants, ajoutera-t-il, n'est-elle pas le premier et principal vœu de ceux qui contractent mariage<sup>5</sup>? Enfin,

<sup>1</sup> Maynard, *Notables et singul. questions de droit écrit*, liv. 4, ch. 12. — Cambolas, liv. 5, ch. 48. — Louet, *loc. cit.*, n° 52. — Leprêtre, cent. 2, chap. 11. — Bouguier, lett. D, n° 9. — *Journal des audiences*, tit. 1, liv. 4, ch. 18. — Ricard, *Donations*, part. 3, chap. 5, n° 586.

<sup>2</sup> Maynard *loc. cit.*, arr. de Toulouse du 13 mai 1528 et du 18 sept. 1584.

<sup>3</sup> Poquet de Livonière, *Règles du droit français*, liv. 3, ch. 2, sect. 1, art. 27.

<sup>4</sup> Fabre, *Cod.*, tit. 38, lib. 8, déf. 7.

<sup>5</sup> Ferrière, *sur Paris*, tit. 13, qu. 16, n° 18.

comme plus haut, Poquet de Livonière placera ce principe au rang des règles du droit français : « Les donations faites par contrat de mariage... entre le mari et la femme, sont valables et irrévocables <sup>1</sup>. »

La décision de Dumoulin sur l'application de la loi *Si unquam* aux donations faites par l'un des époux à un étranger, souffrira quelques difficultés. Papon la combattra ouvertement et dira du donateur que vraisemblablement il a pensé aux enfants qui pouvaient naître de son mariage ; car, ajoutera-t-il, *s'il y a saison et temps de penser aux enfants qu'on peut avoir, c'est lors, ce me semble, qu'on se marie, à quoi on ne s'émancipe et assujettit à autre fin que pour en avoir* <sup>2</sup>. Bohier avait dit avant lui : *Quando quis in suo matrimonii contractu donavit, quod tunc non habeat secum lex Si unquam, quia de liberis ex eo matrimonio procreandis cogitasse videtur* <sup>3</sup>. Richard suivra le même avis pour les mêmes raisons, et quand on lui opposera l'autorité de Dumoulin, il répondra que « Dumoulin est suspect en cette ren- » contre, ayant fait son traité pour combattre une donation qu'il » avait faite à son frère <sup>4</sup>. » Longtemps enfin la jurisprudence se laissera entraîner par le semblant de logique qui couvre cette opinion <sup>5</sup>.

On reviendra sans détours à la vérité sur le chef des donations faites par un ascendant ; mais on n'y reviendra que sur le principe lui-même, et l'on suivra généralement, dans les motifs dont on appuiera ce principe, l'erreur accréditée par la glose et autorisée par Dumoulin. Ces donations, dira-t-on, ne doivent pas être regardées comme des donations simples, mais comme des donations pour cause de noces, dont le mariage est la cause finale <sup>6</sup>.

X. *Suite.* — Sur le second des deux points fixés par l'arrêt de 1551, la doctrine et la jurisprudence furent loin de suivre la marche simple et logique qu'elles avaient suivie sur le premier.

Tout en proclamant que la résolution prononcée par la loi *Si*

<sup>1</sup> Poquet, *loc. cit.*, liv. 3, ch. 2, sect. 2, art. 3.

<sup>2</sup> Papon, *Comm. sur la loi Si unquam*, n° 3.

<sup>3</sup> Boerius, quæst. 159, n° 10.

<sup>4</sup> Ricard, *Donations*, part. 3, ch. 5, n° 586.

<sup>5</sup> Bouguier, lett. D, n° 9. — Montholon, art. 99. — *Journal des audiences*, t. I, liv. 4, chap. 18.

<sup>6</sup> Papon, *loc. cit.*, n° 41. — *Traité de la révocation des donations*, ch. 21 (à la suite du *Traité des donations* de Ricard).

*unquam*, avait lieu *ipso jure ex conditione resolutiva inexistente donationi*, Dumoulin n'en avait pas moins poursuivi par action rescisoire la révocation de la donation de 1551, et en cela il avait cédé à la doctrine généralement admise qu'il combattait cependant<sup>1</sup>. En France, autrefois, les voies de nullité n'avaient point de lieu, si ce n'est par lettres; or, à l'époque de Dumoulin, nullité, rescision, résolution, étaient dans la pratique, et souvent même dans la théorie, des termes identiques<sup>2</sup>. Longtemps les donateurs prirent la voie qu'avait prise Dumoulin, et Ricard atteste qu'ils avaient ainsi procédé dans tous les arrêts qu'il a vus sur la matière. Il blâme cet errement; les lettres, dit-il, sont nécessaires seulement lorsqu'il s'agit de la cassation d'un contrat, et ici le donateur fait résoudre la donation, non point en la faisant casser, mais en l'exécutant et prenant avantage de la condition tacite qui y est présumée<sup>3</sup>. Papon et Louet l'avaient déjà blâmé, et Louet avait fait remarquer que la Cour avait prononcé la révocation de la donation de 1551, sans avoir aucunement égard aux lettres obtenues par Dumoulin, ainsi que l'atteste le texte même de son arrêt<sup>4</sup>. Cet errement prenait aussi quelque autorité de l'opinion émise par Dumoulin et reçue après lui, qui soumettait la révocation à la volonté du donateur. A mesure que cette opinion perdit de son autorité, on enseigna plus hardiment que la révocation avait lieu de soi, sans autre ministère. Ferrière, voulant signaler les différences qui séparent la révocation pour cause d'ingratitude et la révocation pour survenance d'enfant, dit que la première n'a lieu que *causâ cognitâ*, par l'autorité du juge, tandis que la seconde se fait de plein droit, *sans qu'il soit nécessaire d'obtenir aucun jugement, de sorte qu'elle produit toujours son effet, quoique le donateur soit resté dans le silence*<sup>5</sup>.

La confusion se manifesta surtout lorsqu'il s'agit de fixer le

<sup>1</sup> Dumoulin, *Tract. de donat. in contrac. matrim. factis*, n° 83.

<sup>2</sup> Dumoulin, *ad consuet. Paris.*, t. I, § 33, gl. 1, n° 16, 17 et suiv. — *Journal des audiences*, arr. du Parlement de Rouen, du 5 juillet 1672 (à sa date). — Coutume de Normandie, art. 449.

<sup>3</sup> Ricard, *loc. cit.*, part. 3, ch. 5, sect. 7, n° 648 à 651.

<sup>4</sup> Papon, *Arrêts*, liv. 11, tit. 2, art. 29. — Louet, *lett. D*, somm. 52.

<sup>5</sup> Ferrière, *Science parfaite des notaires*, liv. 3, chap. 8. — Arrêts des Parlements de Paris, de Toulouse et de Provence (Montholon, ch. 99; — Maynard, liv. 6, ch. 58; — Bouguier, *lett. D*, ch. 9). — Ricard, *loc. cit.*, part. 3, ch. 5, sect. 7. — Henrys, liv. 4, quest. 58. — Bretonnier, *sur Henrys*, *loc. cit.*

sort des charges imposées par le donataire aux choses données. On ne revint point aux discussions de la glose sur la portée du mot *revertatur*, à peine trouve-t-on de loin en loin quelques souvenirs de ces controverses philologiques ; à peine réveille-t-on devant quelques parlements les théories oubliées des *verba directa* et des *verba obliqua*, et parle-t-on avec Balde de la *sententiam ferendam, non latam*<sup>1</sup> ; l'erreur est plus profonde.

Habitué à jurer sur la parole du maître, les jurisconsultes et les parlements s'étaient pris à regarder l'arrêt de 1551 comme la boussole de la doctrine et de la jurisprudence, et les principes qu'il proclamait comme l'expression exacte de la pensée de Dumoulin. Coquille nous a déjà révélé que la pratique du barreau n'avait pas compris la portée de l'arrêt de 1551, dans sa disposition relative à l'hypothèque subsidiaire du douaire de Marguerite Maillard<sup>2</sup>. Charondas nous apprend qu'on voyait dans cette disposition l'application d'un principe général, d'après lequel la révocation résultant de la loi *Si unquam* n'avait pas d'effet rétroactif, et laissait subsister les charges imposées par le donataire aux choses données, principe général que les circonstances du fait avaient modifié dans l'espèce. On le consulte, en effet, sur la question de savoir, ce sont ses propres termes, si l'effet de la révocation retourne au passé, de sorte que, si le donataire a fait quelque constitution de rente, assignation de dot ou autre obligation et hypothèque sur l'héritage donné, celui qui révoque et retire la chose donnée n'en sera pas tenu. *J'ai répondu*, dit-il, *suivant l'avis d'Alberic et de Tiraqueau, que telle révocation ne retourne au jour de sa donation au préjudice des hypothèques et ne les révoque*; puis, consultant les précédents de la jurisprudence, il poursuit : *Et à ceste opinion est conforme l'arrêt du dit Dumoulin*<sup>3</sup>.

Tous, néanmoins, n'allaient pas aussi loin que Charondas ; la plupart admettaient en principe que la résolution effaçait toutes les charges provenant du donataire, mais en même temps ils faisaient une exception en faveur des droits de la femme, à la protection desquels ils assuraient une hypothèque subsidiaire sur les biens donnés ; ceux-là, comme les précédents, invoquaient l'arrêt de 1551. Ils y trouvaient pourtant quelques diffi-

<sup>1</sup> Arrêt du Parlement de Rouen de 1672, *loc. sup. cit.*

<sup>2</sup> Coquille, *sur Nivernais*, tit. des donations, art. 13 ; — *Questions*, ch. 292.

<sup>3</sup> Charondas, *Responses*, liv. 3, resp. 63.



cultés : Brodeau s'étonnait que l'arrêt ne parlât que du douaire, et l'équité lui paraissait vouloir la même extension pour toutes les conventions matrimoniales; il se rassurait en remarquant que, dans l'espèce, le douaire avait été assigné sur une des terres données, et ce en présence du donateur<sup>1</sup>. Mornac, regardant d'un côté l'arrêt de 1551 comme l'expression de la doctrine de Dumoulin, et trouvant de l'autre, dans le *Traité des fiefs*, le principe de la résolution posé d'une manière absolue, ne croyait pouvoir mieux échapper à cette contradiction qu'en tenant l'arrêt comme la condamnation du système de Dumoulin. *Docet Molinæus donationem omnium bonorum ex supervenientiâ liberorum revocari ipso jure citràque ministerium judicis, tamen expertus est in propriâ causâ manere hypothecam doctriæ conventionalis, scilicet in subsidium, et in quantum bona deficiens*<sup>2</sup>.

L'erreur ne paraît avoir été relevée qu'au XVII<sup>e</sup> siècle, car on la trouve encore professée devant le Parlement de Paris en 1606<sup>3</sup>. C'est alors que Ricard s'efforça de la déraciner. « Cette erreur, dit-il, procède de ce que l'arrêt de Dumoulin n'a pas été considéré dans sa source et dans Dumoulin même, » et il cite le *Tractatus de donation. in contr. matrim. factis*, au n<sup>o</sup> 86. Puis il ajoute que la femme ne souffre aucun préjudice de la révocation, « attendu qu'elle a dû considérer, aussi bien que les autres créanciers du mari, quelle était la nature de la donation qui était faite, et qu'elle était révocable de droit par la survenance des enfants du donateur<sup>4</sup>. » Leprêtre répondait qu'il avait vu au greffe l'arrêt de 1551, et qu'il ne disait rien du consentement de Dumoulin<sup>5</sup>. En présence de ce conflit, la Thaumassière, tout en penchant pour la négative trouvait *l'affirmative autorisée* en quelque sorte par *l'arrêt solennel* de 1551<sup>6</sup>.

La jurisprudence des pays de droit écrit contribua beaucoup à propager cette confusion. On admettait généralement dans ces pays que la révocation de la loi *Si unquam* avait lieu *ipso jure*;

<sup>1</sup> Brodeau, sur Louet, loc. cit. sup.

<sup>2</sup> Mornac, ad Codic., lib. 56, ad leg. *Si unquam*.

<sup>3</sup> Louet, lett. D., somm. 52, n<sup>o</sup> 4.

<sup>4</sup> Ricard, loc. cit., part. 3, ch. 6, sect. 7, n<sup>os</sup> 649 et 658.

<sup>5</sup> Leprêtre, cent. 2, chap. 15, n<sup>o</sup> 36.

<sup>6</sup> La Thaumassière, sur Berry, tit. 7, art. 9. — *Traité de la révocation des donations*, cit. sup., ch. 41.

une conséquence nécessaire de ce principe conduisait à déclarer que *les liens retournent au donateur par naissance d'enfans étaient déchargés des hypothèques imposées par le donataire*, quelle que fût d'ailleurs la nature des donations, qu'elles eussent été faites en faveur de mariage ou autrement<sup>1</sup>. Toutefois, on modifiait la rigueur de cette conséquence en faveur des droits de la femme, lorsqu'il s'agissait d'une donation matrimoniale, et l'on affectait une hypothèque subsidiaire sur les biens donnés à la sûreté de ces droits<sup>2</sup>.

Comment justifiait-on le principe? Comment expliquait-on l'exception? Quant au principe, soit en haine des discussions confuses de la glose, soit par respect pour l'autorité de Cujas, les jurisconsultes et les arrêtiistes cherchaient la raison d'être de la résolution de la loi *Si unquam*, non plus dans une condition résolutive tacite inhérente à la donation, mais dans une condition suspensive. Quelques glossateurs avaient mis autrefois ce moyen en avant<sup>3</sup>; Cujas l'avait relevé, et Maynard, rapportant un arrêt du Parlement de Toulouse de 1579 qui prononçait une révocation avec toutes ses conséquences, l'expliquait comme il suit: « Telles et semblables donations sont estimées et censées » faites *sub conditione si donans non susceperit liberos*, comme il » est dit et décidé communément par les interprètes sur la dite » constitution; *ideo deficiente conditione, susceptis scilicet liberis,* » *perinde est ac si nunquam fuisset donatum, nec nisi existente* » *conditione dominium transferri potuit*<sup>4</sup>. » D'Olive explique de même un arrêt du 12 septembre 1636 qui consacrait la même doctrine: « La résolution, dit-il, se fait *ipso jure*, par le défunt » de la condition *si sine liberis*, qui est toujours sous-entendue » ès donations qui se font par ceux qui n'ont point d'enfans. » Si bien, ajoute-t-il, que, la condition défailant, la donation » est pour non avenue, les hypothèques effacées et les aliéna- » tions résolues, *quasi defectâ conditione donationis, quæ tacite* » *inerat, si liberos non susciperet*<sup>5</sup>. »

<sup>1</sup> Maynard, liv. 6, ch. 60, n° 8. — Furgole, *Questions sur les donat.*, quest. 11, n° 10.

<sup>2</sup> Maynard, *loc. cit.* — D'Olive, liv. 4, ch. 6.

<sup>3</sup> Tiraqueau, *Comm. ad leg. Si unquam*, v° *Revertatur*, n° 278. — Fermand, *sur la loi Si unquam*, n° 6. — Furgole, *sur l'ordonn. de 1731*, art. 42.

<sup>4</sup> Maynard, *loc. cit.*, *ibid.*

<sup>5</sup> D'Olive, *loc. cit.*, *ibid.* — Basnage, *Traité des hypothèques*, 2<sup>e</sup> part., ch. 7.

Une conséquence absolue de ce principe, appliquée à l'hypothèque de la femme pour ses droits matrimoniaux, aurait évidemment battu en brèche les tendances protectrices du régime dotal, qui était alors dans ces pays, comme aujourd'hui, l'objet d'un culte véritable. A Toulouse, notamment, où l'on admettait, les dispositions de la loi romaine dans la constitution *Assiduis*, comment aurait-on pu à la fois reconnaître à la femme un privilège pour le recouvrement de ses droits, même à l'encontre des créanciers du mari antérieurs au mariage, et laisser ces droits sans protection en regard d'un donateur dont la position était assurément moins favorable que celle des créanciers? Aussi d'Olive, rapportant un arrêt rendu à son rapport le 12 septembre 1636 qui avait consacré l'hypothèque subsidiaire, disait-il : « La piété qui prend le party des enfans est arrêtée en ses effets à la rencontre de la piété qui assiste la cause des dots, de mesme qu'un privilège vient à cesser par l'opposition d'un autre privilège <sup>1</sup>. » Le président Favre, écrivant sous l'empire d'une jurisprudence qui admettait l'hypothèque subsidiaire, mais rejetait la loi *Assiduis* cherchait à l'hypothèque subsidiaire une raison d'être dans l'intérêt de la femme. Si l'on peut, ajoutait-il, imputer une faute à quelqu'un dans cette occurrence, c'est plutôt au donateur qui a donné sciemment à un homme près de contracter mariage, qu'à la femme qui poursuit simplement ses droits. *Magis enim potest imputari donatori, cur marito uxorem ducenti donaverit, quam mulieri, cur à marito nubenti acceperit* <sup>2</sup>.

Cette jurisprudence faisait une grande impression sur les pays de coutumes qui la regardaient comme une confirmation de ce qu'ils prétendaient être la doctrine de l'arrêt de 1551; d'un autre côté, les pays de droit écrit s'appuyaient, à l'occasion, de l'autorité de Dumoulin pour confirmer leur jurisprudence : de telle sorte que l'erreur allait ainsi se propageant des deux parts <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L. 12, C., *Qui potiores in pignore*. — D'Olive, *loc. cit.* — Furgole, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Le président Favre, *ad Codic.*, tit. 38, lib. 8, déf. 2. — Il ajoute : *Ita partim decisum, partim tractatum est in causâ D. de Larmoyé contrâ D. de Messimien, calend. aug. 1591.* — Favre présidait le Parlement de Savoie.

<sup>3</sup> Furgole, *loc. cit.*, ib. ib., et *Comment. sur l'ord. de 1731*, art. 42. — FERRIÈRE (*sur Paris*, tit. 13, quest. 6, n° 15) trouve la décision du Parlement de Toulouse très-judicieuse. — V. aussi d'Olive, *loc. cit. sup.*, et Ricard, *loc. cit.*, n° 690.

Elle commençait à se dissiper au nord, et régnait encore dans toute sa force au midi, quand l'ordonnance de 1731 vint, sous l'influence du génie organisateur de d'Aguesseau, jeter la lumière au milieu des ténébreux.

XI. *Ordonnance de 1731.* — *Pothier.* — L'ordonnance de 1731, dans cette matière, préféra, comme le dit son préambule, *la jurisprudence la plus simple, et par là même la plus utile, à celle que le préjugé de la naissance et une ancienne habitude pouvaient rendre plus respectable.* Elle suivit sans hésiter les errements du droit coutumier, et, sans s'arrêter aux distinctions que l'erreur avait un instant mises au jour, elle alla demander à Dumoulin lui-même les principes qu'il avait posés, elle s'en empara, épurés et simplifiés qu'ils avaient été en quelques points par le contact des besoins pratiques, et leur donna force de loi.

« Toutes les donations entre-vifs, dit l'article 39 de l'ordonnance, faites par personnes qui n'avaient point d'enfans ou de descendants actuellement vivans dans le temps de la donation, de quelque valeur que les dites donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites... même celles qui auraient été faites en faveur de mariage, *par autres que par les conjoints ou les ascendans*, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur... »

« Le donataire, poursuit l'article 41, ne sera, néanmoins, tenu de restituer les fruits par lui perçus, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant... lui aura été notifiée par exploit ou autre acte en bonne forme..... » Enfin, aux termes de l'article 42, « les biens compris dans la donation révoquée de plein droit rentreront dans le patrimoine du donateur libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme du dit donataire, reprises, douaire ou autres conventions matrimoniales; ce qui aura lieu, quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire, et insérée dans le contrat, et que le donateur se serait obligé comme caution, par la dite donation, à l'exécution du contrat de mariage. »

Les discussions de la glose, la doctrine de Dumoulin, l'arrêt de 1551, les déviations de la jurisprudence et des auteurs après Dumoulin, tout ce qui précède enfin, se retrouve dans ces trois articles de l'ordonnance. Dans le premier, on rencontre la dis-

inction de Dumoulin entre les donations faites par l'un des époux à l'autre que n'atteint pas la révocation, et les donations faites par l'un des époux à un étranger, qu'elle frappe au contraire; on y rencontre de même les donations qui viennent d'un étranger astreint à l'obligation de doter, que l'ordonnance appelle un *ascendant*; on y remarque enfin que l'ordonnance, pour fixer le caractère exceptionnel des donations qu'elle soustrait à la révocation, interroge la pensée du donateur et non l'intérêt du donataire. Le second article n'est-il pas comme la traduction de ce passage de Dumoulin, *postquam donatarius hoc scivit et de restituendo interpellatus fuit*? Le troisième ne semble-t-il pas être le mot de l'énigme que présentait à Mornac l'apparente contradiction des principes posés dans le *Traité des fiefs*, et du dispositif de l'arrêt de 1551? N'est-il pas la condamnation de la doctrine de Coquille et de Charondas, de la jurisprudence du Parlement de Paris, et des arrêts des parlements du pays de droit écrit? Enfin, n'est-ce pas à dessein qu'il prévoit spécialement le cas où la donation a été faite en faveur du mariage du donataire, et où le donateur s'est porté caution de l'exécution du contrat?

Telle est la loi; quelles raisons d'être les commentateurs donneront-ils à ses dispositions? Ils ne sauraient désormais, pour expliquer la disposition qui soustrait certaines donations matrimoniales à la résolution, arguer du caractère onéreux ou rémunérateur de ces donations: l'article 39 de l'ordonnance soumet à la révocation les donations en général, *qu'elles soient mutuelles ou rémunératoires*. Aussi Pothier, dans l'étude qu'il fait de l'ordonnance, se laisse-t-il guider toujours, soit par l'intention présumée du donateur au moment de la donation, soit par l'intérêt des enfants en faveur de qui la révocation a lieu<sup>1</sup>.

S'agit-il d'une donation faite à l'un des époux par un étranger, Pothier s'objecte un instant que cette donation, étant comme une condition du mariage qui aurait pu ne pas se contracter sans cela, ne doit pas se révoquer facilement; mais il y répond aussitôt qu'il n'est fait par là aucun tort aux conjoints qui, connaissant l'état du donateur qui n'avait pas d'enfants, ont dû savoir que la donation qu'il leur faisait était sujette à révocation

<sup>1</sup> Pothier, *Donations entre-vifs*, sect. 3, art. 2, § 1.

en cas de survenance d'enfant, et sont censés avoir voulu en courir le risque <sup>1</sup>.

N'allez pas dire, pour expliquer comment la révocation ne frappe pas les donations faites d'un époux à l'autre, que ces donations sont faites par le motif de la persuasion du donateur qu'il n'aura pas d'enfants : cette raison n'est pas suffisante, car elle s'appliquerait aussi bien aux donations faites par l'un des époux à un étranger, qui cependant sont sujettes à la révocation. La véritable raison est *qu'il est comme indifférent aux enfants de trouver les biens donnés dans la succession du donateur ou dans celle du donataire, qui sont également intéressés à les leur conserver* <sup>2</sup>.

L'article 39 de l'ordonnance soustrait à la révocation les donations faites en faveur de mariage *par les ascendants* : l'ordonnance évidemment s'est laissée aller ici à l'erreur qui de tout temps avait trompé les docteurs ; destinée à terminer les controverses qui dans cette matière divisaient la science, elle a tranché les difficultés sur ce point comme sur les autres ; seulement elle a eu le tort de les trancher par une disposition expresse, lorsque son silence y eût suffi. Aussi jette-t-elle les interprètes dans un grand embarras ; *ces termes*, dit Pothier, *ne sont pas très-clairs* ; on ne saurait les entendre des ascendants des conjoints qui ne sont évidemment point sans enfants, et dont les libéralités n'avaient pas besoin d'être exceptées d'une règle sous le coup de laquelle elles ne tombent point. Que signifient-ils donc ? Il semblerait bien naturel d'attribuer cette disposition à l'erreur ou au désir de fixer pour l'avenir un point de controverse. Pothier cherche ailleurs la raison de décider. S'il faut l'en croire, le sens de l'ordonnance est celui-ci : *Les donations sont sujettes à la révocation pour cause de survenance d'enfant, même celles faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints entre eux, ou par les conjoints ascendants à leurs enfants à naître du mariage*. Et cette disposition ainsi interprétée a sa raison d'être dans cette considération que la révocation établie en faveur des enfants ne saurait être rétorquée contre eux <sup>3</sup>. Cette erreur de Pothier est grave, car elle pas-

<sup>1</sup> Pothier, *loc. cit.*, ib. ib. ib., p. 491.

<sup>2</sup> Pothier, *loc. cit.*, ib. ib. ib., p. 492. — Roussilhe, *Jurisprudence des donations*, chap. 12, sect. 1.

<sup>3</sup> Pothier, *loc. cit.*, ib. ib. ib.

sera, sous l'égide de son auteur, dans le Code Napoléon, où elle présente encore aujourd'hui une anomalie sans raison.

La révocation, dit l'ordonnance, a lieu de *plein droit*. D'où il suit, continue Pothier, *que dès le temps et instant de la survenance d'un enfant, le donataire n'a plus aucun titre pour retenir les choses données, et en conséquence, dès l'instant de la survenance d'enfant, le donateur a un droit ouvert et formé de les répéter*. Comment s'exercera ce droit? Par la revendication sans doute? Non, suivant Pothier. On rencontre ici, dans la doctrine du célèbre jurisconsulte, un exemple de ces déviations que l'influence du droit romain imprimait souvent à ses décisions, et que nous signalerons encore ailleurs. Il abandonne Dumoulin pour suivre Cujas. Le donataire, il est vrai, n'a plus aucun titre pour retenir les choses données, mais il en demeure néanmoins, *subtilitate juris*, propriétaire jusqu'à la restitution effective, car le domaine d'une chose ne saurait passer d'une tête sur une autre tête sans tradition. Le donateur n'a donc d'action que pour arriver à faire effectuer cette tradition, on lui donnera donc une *condictio sine causâ*, comme au temps où la donation, pacte nu de sa nature, pouvait passer par un fait d'exécution à l'état de contrat innommé. Tout au plus lui accorderait-on par faveur une action *utilis in rem*, parce que le titre de donation auquel il a aliéné, ayant cessé de subsister, il est censé n'avoir jamais aliéné, et être conséquemment propriétaire, non pas *subtilitate juris*, mais *affectu*, eu égard au droit qu'il a de rentrer dans la chose.

Cependant l'action du donateur atteint la chose donnée aux mains mêmes des tiers détenteurs, comment peut-elle être personnelle? Pothier répond comme faisaient autrefois les glossateurs réduits à merci par cet argument sans réplique, il transforme l'action du donateur en une action *personalis in rem scripta*.

Ne dirait-on pas que le temps de la glose est revenu, tant il est vrai que lorsqu'on s'éloigne des principes rigoureux, on perd, avec le fil conducteur, la saine intelligence des institutions? Ce qui le prouve ici, c'est qu'à peine placé sur le terrain des conséquences de la résolution, Pothier abandonne Cujas pour suivre Dumoulin.

Pourquoi la chose donnée revient-elle au donateur libre de toutes charges? Pothier ne parlera pas de la *sententia lata*, ni

même de la résolution *ex causâ antiquâ et necessariâ*, c'étaient les termes de l'école; embarrassée dès le début dans les termes abstraits du dogmatisme scolastique, l'institution s'est dépouillée, au contact de la pratique française, de ces vêtements d'emprunt; elle s'est façonnée aux caractères de netteté et de clarté qui distinguent l'esprit national; sous la plume de Pothier, la théorie résolutoire se résume dans un double axiome dont la simplicité frappe l'esprit et saisit le bon sens.

Le donataire ne peut concéder à un tiers, sur les biens donnés, plus de droits qu'il n'en a lui-même : *Nemo enim plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse habet*. Or il n'avait qu'un droit résoluble, il n'a donc transmis à ce tiers qu'un droit résoluble; et quand vient la résolution, elle frappe d'un même coup le droit du donataire et celui du tiers; *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*<sup>1</sup>.

De même enfin le titre que le donataire puisait dans la donation pour percevoir les fruits de la chose donnée, doit cesser avec la donation elle-même; les fruits devraient donc rigoureusement revenir au donateur dès le jour de la révocation. Mais la bonne foi du donataire constitue à son profit un titre nouveau, jusqu'à l'époque où la connaissance de la révocation lui est légalement acquise<sup>2</sup>.

La marche de la théorie résolutoire dans cette matière nous offre une image frappante de la marche du droit français. Aux hésitations et aux tâtonnements de l'enfance, succèdent d'abord les vigoureuses conceptions de l'adolescence, souvent confuses à force de richesse et de fécondité, puis les froides créations de l'âge mûr, instruit à l'expérience du passé, qui recevant les institutions encore toutes brûlantes du souffle des controverses, fixent les principes, condamnent les erreurs, et résument en des règles précises les progrès de la législation. A quelque point qu'on s'arrête dans cette voie, on y trouve constamment empreinte l'influence de Dumoulin.

AUBÉPIN.

<sup>1</sup> Roussilhe, *loc. cit.*, n° 4. — Pothier, *loc. cit.*, sect. 3, art. 2, § 4.

<sup>2</sup> Pethier, *loc. cit.*, ib. ib. — Roussilhe, *loc. cit.*, sect. 3.



## QUELQUES RÉFLEXIONS

## SUR LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE COMPARÉES.

Par M. ANCELOT, docteur en droit, avocat général à la Cour impériale de Riom.

C'est l'honneur et le bienfait d'une publication périodique que chacun puisse y produire avec une franche et modeste liberté ses opinions. Le profit n'est pas seulement pour ceux qui lisent : il est aussi pour ceux qui écrivent, en ce sens que la contradiction peut tempérer leurs idées trop absolues d'abord et les rapprocher du juste point où la vérité réside. Qu'il me soit donc permis de donner cours aux réflexions qu'a fait naître en moi le brillant article d'un collègue sur la *Table générale du recueil des lois et des arrêts* (1791 à 1850), publiée par MM. Devilleneuve et Gilbert<sup>1</sup>. J'espère que nous parviendrons, sans beaucoup de peine, à nous entendre.

M. Sacase a pris texte de l'occasion qui s'offrait pour venger d'injustes dédains la jurisprudence ; rien de plus plausible assurément. Mais il nous paraît avoir fait bien moins une apologie qu'un panégyrique. Les mérites de la jurisprudence sont célébrés avec ampleur. Pas un mot, au contraire, de ses désavantages ou vrais ou supposés. Serait-elle donc un soleil sans taches ? Après avoir proclamé que *comme instrument de certitude et comme élément de fécondité pour la science du Droit en général, elle l'emporte sur toutes les branches rivales de l'interprétation juridique*, le savant magistrat signale en elle trois qualités distinctives qui lui assureraient la prééminence : elle est *progressive*, c'est-à-dire qu'elle marche avec la société pour accommoder à ses nouveaux besoins la législation immobile ; elle est *expérimentale* en ce qu'elle vit d'applications qui servent d'épreuve aux principes abstraits ; elle est pourvue d'une grande *autorité*, puisqu'elle a pour premier organe une juridiction appelée *régulatrice*. Trois termes qui peuvent se réduire à deux : *l'utilité sociale et l'utilité juridique*. Scrutons-les tour à tour.

## I.

Sans nul doute la législation écrite d'un peuple ne saurait

<sup>1</sup> V. t. VI, p. 83.

être une œuvre abstraite. Sa première condition de vie est de répondre exactement à l'état social dont elle est tout à la fois la règle et la formule. Mais l'immutabilité n'est pas de ce monde ; tout change graduellement dans les mœurs privées et publiques pour s'améliorer où s'altérer. Un moment arrive donc où ces mœurs toujours mobiles ne s'accordant plus avec les lois toujours les mêmes, la société se sent trop à l'étroit dans le vêtement suranné de la codification. Que faire en vue de cet inconvénient inévitable ? S'abstenir de la codification ? C'est ce que veut l'école historique allemande pour laquelle le Droit est chose essentiellement traditionnelle et coutumière qui constitue une *fonction de l'esprit national* destinée à en suivre toutes les phases <sup>1</sup>. Mais, grâce au ciel, la France n'en est plus à discuter cette question. Le temps et le génie l'ont tranchée. Nous avons des Codes ; nous en sommes fiers et heureux tout ensemble. Il ne s'agit que de les maintenir en harmonie avec la civilisation qu'ils régissent. Où placer l'élément progressif qui doit assurer cette harmonie ? Sera-ce dans la législation elle-même ? sera-ce dans la jurisprudence ? Au premier cas, l'édifice de la codification perdra sa perpétuité majestueuse. Il faudra le renouveler pièce à pièce, à moins que, dans un respect superstitieux et très-politique en même temps du passé, on ne préfère, à l'exemple des Romains, créer à côté d'un droit dogmatique et fictivement inaltérable, un droit mobile et pratique qui neutralise le premier sans l'abroger. — Au second cas, on verra se produire le jeu d'une fiction analogue. Seulement, au lieu d'un législateur de second ordre, ce sera la magistrature qui aura pour mission d'assouplir la rigidité du droit strict par une interprétation discrétionnaire. Lequel de ces expédients est le meilleur ? Si la loi elle-même n'avait pas parlé, nous dirions que l'artificieuse naïveté des fictions de ce genre va mal aux peuples vieilliss, et que le mystère, si auguste dans l'ordre divin, ne serait plus aujourd'hui qu'une puérité dans l'ordre humain. Mais cette réponse est superflue : qui ne sait que toute notre organisation civile repose sur l'unité et l'inviolabilité de la loi ?<sup>2</sup> Aussi avons-nous vu bien des fois déjà, depuis 1830 surtout, le

<sup>1</sup> Rapp. Montesquieu, l. XXVIII, chap. 37.

<sup>2</sup> Portalis a dit : « Parmi nous le ministère du juge est circonscrit dans l'application fidèle des lois. » (Disc. au Corps législatif, 23 brumaire an X, n° 28. — Loaré.)

législateur faisant *lui-même* entrer dans nos codes les inspirations de l'esprit contemporain. Ne dirait-on pas cependant que M. Sacase revendique pour la jurisprudence moderne les trois attributions du droit honoraire introduit par les préteurs, nous dit Papinien (Dig., *De justitia et jure*, fragm. 7) *Adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia? Adjuvandi et supplendi*, rien de mieux. C'est l'office propre de la jurisprudence. A elle de venir en aide à la lettre morte de la loi écrite par l'esprit de vie dont elle émane pourtant; à elle de féconder les principes en dégagant de leur sein les mille et mille déductions qu'ils renferment; à elle encore de parler quand la loi se tait et comme cette loi aurait probablement parlé dans sa sagesse; à elle encore de donner à cette loi l'interprétation la plus secourable aux intérêts sociaux quand elle manque de la *certitude* qui fait sa *dignité* (Bacon, aph. 8). Mais *corriger* la loi ou par spiritualisme ou par utilitarisme comme un *moyen commode de réaliser le progrès social*, n'est-ce pas, en effet, *partager*, c'est-à-dire usurper *la puissance créatrice du législateur?* n'est-ce pas *jus dare* au lieu de *jus dicere*, suivant les expressions de Bacon (*De officio judicis*)? Je ne sais si c'est bien là ce qu'a entendu M. Sacase. On est tenté de le croire à ce qu'il dit de *l'esprit social* et du *progrès social*; car l'esprit d'une époque n'est pas celui d'une autre époque. Tout progrès est un *changement* de ce qui était arriéré. Or changer un droit établi, c'est l'abroger. C'est aussi, dans bien des cas, lever trop complaisamment la barrière modératrice que le flot des nouvelles tendances battait en frémissant. Faudrait-il, par exemple, applaudir à la jurisprudence qui prendrait à tâche aujourd'hui de relâcher autant que possible les entraves de la dotalité bien antipathique assurément à l'esprit mobilisateur de notre temps? Elle sera peut-être un jour éliminée de ce code où elle n'entre pas sans peine, mais que jusqu'à ce jour elle ne soit pour personne un vain mot.

Je ne puis donc souscrire, sans beaucoup de réserves, à l'action *progressive* de la jurisprudence.

## II.

Je ne me sens pas plus disposé à m'incliner devant sa prééminence dans l'ordre juridique. Et cependant, sans parler des respects du magistrat, combien n'a-t-elle pas de titres aux

hommages du jurisconsulte? Elle est la *vive voix du droit civil*. (V. L. 8, Dig., *De just et jure*.) Elle le fait sortir du vague de l'abstraction pour le transporter dans la vie réelle et l'y mettre aux prises avec les combinaisons sans nombre des intérêts privés ou publics; elle dégage aux yeux du légiste mille et mille aspects qui auraient échappé à ses méditations solitaires. Bien mieux encore que la loi elle-même <sup>1</sup>, elle semble faire un art de la raison tant elle la rend apte par un exercice incessamment varié aux perceptions les plus délicates; elle ne la fortifie pas moins par cette gymnastique intellectuelle de la vérité luttant contre les sophismes; elle est encore la pierre de touche infail- lible qui fait juger les principes dans leurs conséquences lointaines souvent imprévues; elle revêt les notions théoriques de solidité et de netteté; elle fixe enfin, avec l'autorité qui lui est propre, le véritable sens des lois, et mérite alors qu'on dise : *Judicia anchora legum sunt* (Bacon, aph. 73). Certes, je crois lui faire une assez belle part en la traitant de la sorte. J'ajouterai même, si on le veut, qu'il n'y a pas de vrai jurisconsulte sans initiation à la jurisprudence; ce qui revient à ce célèbre brocard de Dumoulin : *Leges in scholis deglutuntur; in palatiis digeruntur*. Mais faut-il aller jusqu'à proclamer qu'elle l'emporte sur toutes les branches rivales de l'interprétation juridique? C'est ici que je réclame en faveur d'un droit antérieur et supérieur, celui de la doctrine ou de la science. Et d'abord qui a fait la loi elle-même? n'est-ce pas surtout la doctrine? Ce droit romain si honoré par les plus grands esprits (tels que Leibnitz et Bossuet) est-il autre chose qu'une œuvre de docteurs? Domat et Pothier ne sont-ils pas les premiers pères de notre codification, l'un par son admirable synthèse, l'autre par sa lumineuse analyse? Est-ce avec le *Journal des audiences* qu'on aurait jamais fait nos codes? M. Sacase, au reste, semble passer condamnation là-dessus quand il écrit : « Chaque époque a son caractère propre et défini. Il ne s'agit plus de nos jours d'élever sur » des synthèses l'édifice du droit civil... De quoi s'agit-il donc? » De le conserver en l'accommodant de plus en plus au génie » d'un monde nouveau. » Fort bien. Mais ce qui était nécessaire pour créer la loi actuelle ne l'est-il pas aussi pour bien l'en-

<sup>1</sup> Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. VI, chap. 1.— Portalis, Discours préliminaire du projet de Code.

tendre et l'appliquer, c'est-à-dire pour *faire* la jurisprudence elle-même? Qu'est-ce qu'une législation bien constituée? c'est un système dont la logique est le ciment, dont l'unité harmonique serait la perfection. Or, un système, c'est tout ce qu'il y a au monde de plus doctrinal. Comment en avoir la clef sans vues d'ensemble, c'est-à-dire sans avoir patiemment relié dans son esprit tous les anneaux de cette vaste chaîne dont on ne trouve que des chaînons brisés dans les Codes? Comment suppléer la loi dans son silence, si l'on n'en a fait entrer pour ainsi dire en soi-même l'esprit *dirigeant*? C'est alors qu'on recourt à ce qui est universellement appelé : *l'interprétation par voie de doctrine* qui consiste, nous dit Portalis (discours préliminaire n° 14) « à » saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, » et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. » Un peu plus loin, il ajoute (n° 17) : « La science du magistrat est » de mettre les *principes* en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses » privées, etc. » Tout cela est essentiellement doctrinal. Sans doute, en pareil cas, la jurisprudence pourra fournir des analogies utiles; mais ne faudra-t-il pas les peser à la balance de la doctrine? Et si d'ailleurs, elle ne fournit rien?... Que sera-ce enfin s'il s'agit de prendre parti dans une de ces controverses épineuses où commentateurs et arrêts s'entrechoquent et où les solutions doivent nécessairement procéder d'une théorie générale mûrement élaborée et coordonnée dans toutes ses branches? (Par exemple en matière d'action rescisoire, de reprises de la femme commune, de renonciation d'un successible gratifié, etc., etc.) Que deviendra, dans le conflit des autorités de tout genre, le juge habitué à prendre la jurisprudence pour boussole *expérimentale*? Il se perdra dans cet abîme, et sera en proie à la plus cruelle indécision dont il ne sortira peut-être que par un acte de foi et hommage envers l'autorité la plus imposante à ses yeux. C'est qu'en effet la jurisprudence, isolément envisagée, apparaît comme un chaos fait pour donner le vertige à celui qui l'interroge et le pousser au scepticisme. Mais au-dessus de ce chaos *flotte* aussi *l'esprit* de vie. *Spiritus ferebatur super aquas* (Genèse). Cet esprit, c'est la doctrine, c'est la science, ce sont les principes. Celui-là donc seul peut tirer parti des arrêts qui est en état de les passer au creuset d'une critique approfondie, telle que celle dont la *Revue* nous donne

de si parfaits modèles, et de dégager ainsi de la gangue propre à chaque espèce l'or pur de l'instruction juridique. (V. Bacon, *Aphor.*, 82.) Il y a d'ailleurs (surtout dans la jurisprudence des Cours impériales) bien peu d'arrêts vraiment didactiques. Le plus souvent, le point de droit est tellement enveloppé et dominé par le point de fait qu'on ne saurait l'en détacher avec netteté. Or, comme les combinaisons et les nuances des faits sont infinies, quel enseignement à tirer de semblables décisions? Quelquefois aussi, le juge qui est en même temps un peu juré, a cédé bien moins aux motifs exprimés dans l'arrêt qu'aux inspirations intimes de sa conscience mue par l'équité; et les principes de droit ont dû fléchir, même à son insu, pour se prêter au vœu de son âme. C'est ce que dit très-bien le judicieux Hervé dans la préface de sa *Théorie des matières féodales et censuelles* où il traite fort sévèrement la jurisprudence : « La » bonne ou la mauvaise foi d'une partie; la réputation dont elle » jouit dans la société, les suites utiles ou les grands inconvénients qu'une manière de procéder peut avoir, et qu'une autre » n'aurait pas, tout cela détermine le juge ou à suivre la rigueur » de la règle, ou à la faire plier tant soit peu, pour un plus » grand bien : et le parti qu'il a pris dans un cas particulier, il » ne le prendrait pas dans un autre cas, dégagé des mêmes circonstances, quoique les deux affaires, vues matériellement, » paraissent avoir la plus grande analogie. Il n'y a donc *aucune* » *conséquence* à tirer de son jugement. » L'auteur ajoute encore quelques considérations non moins justes pour faire comprendre « combien on s'abuse en cherchant la décision d'une affaire » à juger dans celle d'une affaire jugée, et pour se justifier d'avoir *préféré les principes et les raisonnements* à ce qu'on appelle la jurisprudence. » On ne peut mieux dire à notre sens.

Hervé n'a pas moins raison, ce nous semble, quand il se plaint de ce qu'on ne « cherche bientôt plus les principes et la » connaissance des choses que dans les *Dictionnaires*, et de ce » que nos Codes usuels et familiers sont des recueils d'arrêts, » multipliés et reproduits sans cesse sous différentes démonstrations. » Toutefois son indignation l'emporte trop loin, je me hâte de le reconnaître, quand il émet le vœu de voir *jeter au feu, non les bons recueils de lois et de principes, mais tous les recueils d'arrêts sans exception*. Un tel auto-da-fé serait surtout

injustifiable de nos jours où la jurisprudence ne prononce plus sans *motiver* ses décisions avec un soin qui l'honore, et où les arrêtiſtes y joignent tant d'annotations instructives. La perte d'un si riche dépôt serait un sujet de deuil pour les amis les plus fervents de la science théorique. Mais cela n'empêche pas qu'il y ait beaucoup de vérités dans ces paroles du laborieux jurisconsulte : « Ceux qui se destinent à des fonctions qui exigent » la connaissance des lois, ne comptant plus sur ce secours » perfide, d'autant plus dangereux qu'il favorise la  *paresse na-* » turelle à l'homme, seraient obligés de se faire un fonds de » principes sur chaque partie de notre Droit, et de chercher des » ressources et des règles de décision dans l'*étude* et la médita- » tion. » Que dirait Hervé s'il vivait aujourd'hui ? Déjà la codification avait au commencement du siècle, introduit dans nos lois une simplification qu'on ne saurait assez bénir, et qui cependant laissait craindre à Cambacérés qu'elle ne *tuât l'étude* (Loché T. I, Prolég., n° 9). Mais combien cette crainte n'est-elle pas plus opportune maintenant en présence de ces Barèmes juridiques où des relevés minutieux présentent un *compte tout fait* d'opinions à l'esprit ? Ne maudissons pas ces index si secourables au légiste. Défions-nous en toutefois. N'y voyons (comme le disent de leur œuvre les auteurs mêmes de la *Table générale* avec une modestie très-philosophique), qu'un *instrument de travail*, et n'oublions pas que l'esprit humain ne possède rien sans l'avoir conquis par le rude labeur de la réflexion indépendante, c'est-à-dire par la *doctrine* qu'il s'est créée lui-même.

Au reste, telle est la secrète puissance de la vérité sur les esprits justes, que M. Sacase a terminé son article en glorifiant à bon droit le jurisconsulte contemporain qui, de tous peut-être, a le moins sacrifié à la jurisprudence, et dont le nom est devenu le plus éclatant symbole de la *doctrine* puisée aux sources profondes de la *Philosophie* et de l'*Histoire*. La grandeur de cette renommée *nouvelle* va nous rendre raison du *vieillessement* des premiers interprètes de nos lois modernes ; fait dont M. Sacase a tiré la preuve de l'*infériorité de la science individuelle*. Qui donc a fait vieillir Merlin, Henrion et Toullier ? Serait-ce la jurisprudence ? Mais comment l'*application* frapperait-elle de caducité la science *appliquée* ? N'est-il pas évident que ces illustres Juristes ont été détrônés par d'autres Juristes qui avaient, du reste, l'avantage de venir après eux ? Si

MM. Troplong, Marcadé, Demolombe, etc., n'avaient pas écrit, leurs devanciers ne porteraient-ils pas encore le sceptre juridique? Sans doute la jurisprudence qui est sans cesse en contact avec les réalités sociales, a ouvert depuis eux mille et mille points de vue qu'ils ne pouvaient apercevoir dans le lointain des contingents futurs; mais ce n'en est pas moins dans leurs *doctrines* que résidait le germe latent des solutions futures: on ne les a dépassés qu'en suivant leurs traces.

Cette controverse que je n'étendrai pas davantage peut se réduire à des termes simples. Le Droit, comme toutes les autres sciences, nous montre en action les deux tendances qui se sont disputé dans tous les siècles l'empire intellectuel: *Le rationalisme* et *l'empirisme*, ou, sous des noms plus familiers, la *théorie* et la *pratique*. La théorie, c'est la *Doctrine*. La pratique, c'est la *Jurisprudence*. Sans l'alliance intime de ces deux formes, point de véritable science, point de jurisconsulte digne de ce nom. Si vous les séparez, a dit très-heureusement M. Laboulaye (essai sur Savigny), *la théorie devient un jeu d'esprit, et la pratique un métier*. Il faut donc qu'elles s'honorent mutuellement, comme elles s'entraident. Mais s'il s'agit d'assigner les rangs entre elles, que le premier soit à la doctrine; car *elle était avant* la jurisprudence, et elle est au-dessus d'elle comme le principe est au-dessus du corollaire, la pensée au-dessus de l'action, la raison qui conçoit et dirige au-dessus de l'habileté qui applique et exécute.

A. ANCELOT.



## ESSAI PHILOSOPHIQUE

SUR LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT NATUREL  
ENVISAGÉ COMME UNE SCIENCE SPÉCIALE.

Par M. RIGAUT, juge de paix du canton de Wissembourg.

*(Suite et fin <sup>1</sup>.)*

## CHAPITRE IV.

De la valeur de la science du droit naturel, et de son importance pratique.

Après avoir développé les idées fondamentales sur lesquelles repose la science du droit naturel, après avoir esquissé l'ensemble des règles que cette science trace à l'activité humaine, après avoir indiqué les modes par lesquels les hautes vérités sociales se ravivent incessamment dans le cœur des peuples, je m'exposerais à des redites si j'insistais longuement sur la valeur et sur l'utilité de la science du droit naturel. Un célèbre philosophe contemporain, M. Royer-Collard, a judicieusement fait observer que « les hommes qui s'enferment dans la pratique, sans remonter à la théorie, marchent sans savoir d'où ils viennent ni où ils vont. »

Lors même que la science du droit naturel ne servirait qu'à la justification, à la critique, et par suite à l'amélioration des lois humaines, du droit primitif de chaque peuple, sa mission serait déjà belle et pleine de dignité; mais elle aspire à une influence encore plus étendue. En établissant, en répandant de toutes parts les grands principes destinés à régir les rapports sociaux, et qui seuls consacrent la légitimité des institutions humaines, la science du droit naturel excite les individus, les gouvernements et les peuples au sentiment et à la compréhension de la véritable vocation de l'humanité; elle ramène pour notre conduite extérieure à l'observance de préceptes qui souvent n'ont sur les déterminations de la volonté qu'une force morale et dont par conséquent l'autorité, abandonnée à un discernement plus ou moins confus, pourrait suivre les fluctuations des opinions humaines.

<sup>1</sup> Voir t. V, p. 531.

La connaissance du droit naturel est d'une utilité générale. Au législateur elle sert de guide pour l'établissement des lois; au publiciste elle indique les moyens d'atteindre le but de l'État. Le jurisconsulte, le juge y trouvent un équitable complément du droit positif en cas de silence, d'opposition ou d'obscurité des lois humaines. Enfin, tout citoyen dont l'esprit est imbu des vrais principes du droit naturel comprend la nécessité de l'existence d'un pouvoir social qui, par de sages institutions, le garantisse contre l'anarchie, la violence et l'arbitraire.

En général, une loi, même injuste, doit être observée et exécutée jusqu'à ce qu'on en ait obtenu l'abrogation par des moyens légitimes. Ce serait tendre à la destruction de toute science juridique que de donner le pas à la raison individuelle sur la raison du législateur. Le pouvoir gouvernemental doit indubitablement l'emporter sur des spéculations philosophiques, sur de simples opinions que chaque penseur peut formuler à sa manière. Ne l'oublions pas cependant, il y a un droit hors de l'État. Autre chose est la forme du droit, autre chose est sa nature intime, sa consécration rationnelle et morale. Il ne suffit point de reconnaître et d'enseigner les vérités ontologiques et psychologiques, les principes de logique que la philosophie élabore au profit de toutes les sciences. La connaissance du droit naturel résulte spécialement de l'étude approfondie de notre nature, dont se déduit la vocation de l'humanité dans ce monde en vue d'un développement simultané. Les règles de conduite extérieure des hommes vivants en société ne satisfont à la fois la raison et la conscience qu'autant qu'elles prennent leur source, non dans un idéalisme rêveur, mais dans une philosophie vraiment sociale. Exactement comprises et justifiées, ces règles sont un antidote efficace pour réagir contre la maladie morale des esprits exaltés qui, en matière de liberté, d'organisation sociale et politique, émettent ou adoptent des idées exagérées, sinon complètement fausses. Les législateurs sont revêtus de la haute mission d'apprécier les tendances des principes de la science du droit naturel; ils peuvent leur laisser le caractère de simples doctrines, ou les formulant en lois positives leur donner d'une manière ostensible une consécration dans l'État. Ils en ont le pouvoir; mais aussi quelle grande responsabilité n'encourent-ils pas en les méconnaissant!

Il est donc bien vrai de dire que les notions philosophiques

sont extrêmement utiles à la science du droit. Non-seulement elles servent à poser les fondements du droit naturel social ; on peut aussi avec leur secours préciser et perfectionner les importantes théories de l'interprétation des lois, des preuves, de l'imputabilité des actions humaines ; avec elles on améliore les classifications et les nomenclatures dans l'enseignement du droit ; on met en évidence les fausses sources auxquelles sont souvent puisées des décisions prétendument juridiques. C'est encore en s'appuyant sur les données philosophiques que l'on peut signaler et même attaquer avec toute l'autorité de la saine logique et d'une conviction profonde, les divers sophismes qui, sans méconnaître la véritable source des décisions juridiques, entraînent souvent loin d'elle et causent tant de déceptions en pratique, tant d'erreurs en théorie.

#### CHAPITRE V.

Des principaux caractères qui distinguent la science du droit naturel de la morale, — de la philosophie du droit pur, — de la philosophie du droit positif, — de la jurisprudence (*s. lato*) et de la politique comparées, — enfin du droit positif même.

Avant de terminer cet écrit dans lequel je me suis simplement proposé de donner une rapide esquisse de la science du droit naturel, il me semble utile de rappeler spécialement les traits caractéristiques de cette science, afin qu'on puisse la distinguer des autres productions qui ont quelque analogie, quelque rapport avec elle. Je puis, à cet effet, me borner à de courtes considérations ; ma tâche se trouve bien diminuée par les explications contenues dans les chapitres précédents.

N'oublions pas qu'un droit ne revêt le caractère de droit naturel qu'autant qu'il découle de la nature de notre être et qu'il a obtenu l'assentiment de toute l'humanité civilisée. Cette notion première sert à déterminer les différences caractéristiques qui existent entre le droit naturel et certaines autres productions de la vie et de la science humaine, à savoir : la morale, la philosophie du droit pur, la philosophie du droit positif, la jurisprudence et la politique comparées, enfin le droit positif même.

La science du droit naturel concerne exclusivement nos actes externes ; elle a pour objet spécial la détermination des règles

de la conduite humaine extérieure, règles d'où se déduisent les devoirs juridiques dont l'accomplissement constitue véritablement *la justice humaine*. On est juste extérieurement pourvu qu'on remplisse ses devoirs juridiques, quel que soit d'ailleurs le mobile qui nous y ait déterminé. Aussi peut-on être juste de fait sans l'être d'intention. Dans ce cas les règles du droit naturel n'ont point été transgressées ; il n'y a que les devoirs moraux qui aient été méconnus ; car la morale a pour mission d'exposer les règles de la conduite humaine tant interne qu'externe, de fait, comme d'intention. Son but est d'épuiser pour ainsi dire toutes les règles de notre conduite eu égard à chacune des principales relations que l'homme soutient *avec Dieu, avec ses semblables, avec lui-même, enfin avec les autres objets animés ou inanimés, organisés ou inorganisés qui existent dans la création.*

Dans le droit naturel c'est d'après la nature de l'humanité, d'après l'assentiment de tous les peuples civilisés que se déduisent comme vérités objectives les bases du gouvernement des sociétés humaines. Le droit naturel a pour objet des espèces de nécessités sociales dont la satisfaction se trouve garantie, révélée, formulée par le consentement universel. La morale au contraire a pour matière le libre arbitre de chacun et pour forme la nécessité de faire observer les devoirs que la conscience impose. Le droit naturel et la morale adressent tous deux leurs commandements à la volonté humaine, mais leurs tendances ne s'arrêtent pas au même but. Tandis que la morale gravite vers un centre divin et tout à fait spirituel, le droit naturel reste attaché aux besoins sociaux de l'humanité dont il s'occupe à régler la conduite sous le rapport de la nature spirituelle, sensible et sociable de l'homme. Aussi n'est-ce pas seulement par l'objet de ses lois que le droit naturel diffère de la morale, il s'en distingue encore par les conséquences de la violation de ses principes<sup>1</sup>.

La morale ne se propose pas uniquement de déterminer la notion dominante de la vocation de l'humanité en ce monde et d'en déduire les règles, les justes conditions du développement social. Pour chacune des quatre grandes relations de l'homme,

<sup>1</sup> V. à ce sujet l'ouvrage de Baroli sur le droit naturel public et privé. Les *Annales de jurisprudence* de Turin contiennent une suite d'articles fort intéressants sur le droit et ses rapports avec la morale.

elle précise la nature de l'être qui en forme le second terme et caractérise la nature de la relation elle-même qui se déduit de la connaissance plus ou moins exacte des deux termes.

Comme métaphysique des mœurs, il faut que la morale réveille dans l'homme tous les pieux et bons sentiments qui peuvent intérieurement se trouver à l'état d'assoupissement. Elle doit faire comprendre que si, d'une part, rien n'exige qu'avant l'heure de notre naissance, il y ait un prologue au drame de la vie présente, d'autre part, les éléments spirituels de notre nature portent à croire et prouvent d'une manière irrécusable que la destinée humaine ne s'accomplit pas tout entière dans ce monde. Ici-bas on n'est pas d'accord sur les appréciations du véritable bonheur; mais l'union du bonheur et de la vertu sera réalisée dans une vie future. D'ailleurs si le bonheur n'est pas de ce monde ou n'y existe qu'incomplètement, en poursuivant ce bonheur aux dépens de la vertu, éprouverions-nous la félicité qui suit la vertu et qui seule est le bonheur? Quel homme s'avancerait dans la voie du vice si chacune de ses mauvaises actions était immédiatement réprimée? Où serait le mérite de l'homme si toutes les félicités terrestres se trouvaient attachées à la pratique du bien?

L'homme durant sa vie doit tendre vers le ciel par la sagesse autant que par la science. Aussi que de questions importantes à résoudre par la morale!

Afin qu'on ne s'écarte pas du véritable but de la morale, il est à désirer que les écoles philosophiques ne se laissent pas entraîner dans des systèmes qui méconnaissent les éléments de notre nature et notre noble destinée. Non-seulement de pareils systèmes ne créeront jamais une bonne morale, mais accueillis par les masses, ils produiront les résultats les plus funestes pour la société même.

Ces considérations générales suffisent pour conclure que sous les points de vue de la théorie et de l'application la morale est une science beaucoup plus vaste que celle du droit naturel. Il me semble que M. Jouffroy était trop influencé par des considérations philosophiques lorsqu'il a enseigné<sup>1</sup> que la science du droit naturel embrasse l'ensemble des règles qui doivent diriger l'homme en la vie présente. Cette science a uniquement

<sup>1</sup> V. son *Cours de droit naturel*, t. I, p. 25.

pour objet le règlement de la *conduite humaine extérieure*. Elle occupe une place intermédiaire entre la morale et le droit positif.

Si c'est par la connaissance de l'histoire et des mœurs des peuples que l'on s'élève à la philosophie du droit, c'est surtout par les idées philosophiques que l'on féconde l'étude de l'histoire. L'enchaînement progressif des faits, des lois positives, le long enfanement des idées philosophiques qui en sont sorties victorieuses, sont autant de causes plus ou moins anciennes, plus ou moins accessibles dont les résultats combinés servent à fonder la *théorie* du droit.

De nos jours un examen historique et philosophique des institutions de tous les siècles précédents peut servir à justifier les sublimes révélations des facultés de l'âme. Nous pouvons par cette voie, arriver assez sûrement à la connaissance des lois de notre nature, lois qui se présentent de plus en plus dans notre esprit comme la volonté de Dieu promulguant l'ordre de l'univers. Mais c'est spécialement dans une étude approfondie de la nature humaine, de sa vocation sociale que consiste la science du droit naturel. Cette science a beaucoup d'analogie avec la philosophie du droit pur; elle en diffère cependant sous un point de vue qu'il est assez facile de préciser. La philosophie du droit pur, par l'analyse et par une critique raisonnée tend à mettre en harmonie les besoins et les intérêts de l'humanité. Son but est l'amélioration progressive des institutions tant internationales que particulières à chaque peuple, sous le rapport matériel, intellectuel et moral. Mais, tout en ayant à explorer le même objet que le droit naturel, elle s'en distingue par la forme qu'elle revêt. Ce qui lui manque pour avoir le caractère du droit, c'est la reconnaissance *générale par l'humanité civilisée*. Aussi longtemps qu'elle ne peut invoquer cette sorte de sanction, toutes les vérités qu'elle proclame n'ont que la valeur de dogmes scientifiques.

Les différences qui règnent entre le droit naturel et la philosophie du droit positif sont encore mieux marquées. L'une et l'autre s'attachent à découvrir l'essence, le pourquoi, le comment de l'objet de leurs investigations; mais cet objet n'est pas le même pour tous deux. La science du droit naturel a pour objet l'étude de la nature humaine, sous le point de vue d'un développement extérieur; elle aboutit à l'essence du droit et de

l'état, au droit pur. Tandis que le résultat de la philosophie du droit positif est encore du droit positif réduit, il est vrai, à sa substance même. S'occupant des plus petits détails, ne prenant pas toujours son point de départ dans les lois morales de notre nature, d'où découlent cependant les seules véritables règles du droit en général, la philosophie du droit positif cède quelquefois trop à l'action climatérique, à l'influence des idées, des préjugés du siècle. Afin de ne jamais fausser la noble mission de la philosophie du droit, il faut s'appliquer d'abord à bien étudier le droit naturel dont la source réside dans les lois qui dominent, qui animent l'œuvre de Dieu et qui témoignent spécialement de la destination de l'humanité en ce monde. Lorsque l'on sera profondément imbu de la sublimité des règles qui doivent présider aux trois séries de rapports, *civils, publics et internationaux*, que la vie sociale crée pour l'homme, il sera possible de déterminer le meilleur mode d'application des lois de notre nature aux lois humaines, et d'harmoniser, de coordonner le développement individuel avec le développement social.

C'est avec le secours du droit naturel que les droits positifs de tous les temps et de toutes les nations peuvent être justement comparés et appréciés. A l'aide de ce type spéculatif, la science du droit et de la politique comparés parvient à rapprocher par groupes, selon leurs similitudes ou leurs dissemblances, les divers droits nationaux dans le but de rechercher les lois organiques au moyen desquelles ils se sont développés.

Le droit positif, c'est-à-dire le droit qu'une autorité légitime et régulière, que les pouvoirs sociaux ont établi pour un État seul ou pour plusieurs États, diffère surtout du droit naturel par la forme de sa naissance; car une grande partie des dispositions du droit positif des peuples civilisés n'est autre chose que le droit naturel établi par voie législative, par coutumes ou par usages judiciaires.

Lorsque nous suivons le développement de l'humanité à travers les âges, nous recueillons de grands enseignements, des vérités dignes de frapper tous les esprits sérieux. Tout nous atteste que les générations, durant leur long pèlerinage, accomplissent une mission divine, dont le but suprême leur apparaît dans une perspective lointaine et pour ainsi dire mystérieuse. Cette perspective, la philosophie a voulu l'entrevoir;

mais chaque fois qu'elle s'est fiée à ses propres forces il lui a été impossible de définir et de déterminer exactement la vocation de l'humanité en ce monde.

Rappelons ici les idées si énergiquement exprimées par l'auteur du *Genie du XIX<sup>e</sup> siècle* : « Séparée du christianisme, la Providence est réduite à n'être plus qu'une cause bornée, indécise et fatale. Ou le monde cesse de marcher et revient sur lui-même, ou l'homme se perfectionne sans autre but que d'être heureux ici-bas; ou tout obéit à une force qui terrasse l'individu, sans lui révéler pourquoi elle l'a jeté sur la terre ni pourquoi elle l'en retire. Rentrez dans la philosophie chrétienne, et l'histoire universelle se coordonne, s'éclaire, se justifie. Le monde, qui a changé de face pour servir de punition à l'homme déchu, s'embellit de nouveau par son travail, comme son cœur se rapproche de Dieu à mesure que le pécheur remonte vers l'innocence. Le Verbe, sagesse de Dieu, qui a créé l'univers et ses habitants, est venu pour sauver l'homme et reviendra pour détruire le monde. Mais jusqu'à ce jour suprême, *inconnu aux anges mêmes*, la grâce divine et la liberté humaine s'accorderont sans se détruire pour enfanter les destinées universelles, de manière à ce que le mal prévu et permis par la Providence soit nécessaire à l'existence du bien et que les événements, fruits de la liberté des impies, concourent à la propagation de l'Évangile. L'éducation, les lois, le commerce, la guerre même feront partie du mouvement compliqué, effet de tant de causes diverses, et serviront à étendre la lumière de la foi, à faire participer un plus grand nombre de créatures à la connaissance du vrai Dieu. Tel sera le but secret des événements qui agiteront le monde jusqu'à la fin des temps <sup>1</sup>. »

M. de Barante, dans ses *Mélanges historiques et littéraires* <sup>2</sup>, a aussi nettement caractérisé et déterminé la destinée humaine sur cette terre. « Si la marche générale de l'esprit humain fut infailliblement tracée, si les phases de la civilisation se succèdent d'après des lois éternelles, la liberté humaine n'en reste pas moins avec la conscience d'elle-même, chargée à ses risques et périls de parcourir ces distances, d'atteindre

<sup>1</sup> Alletz, liv. VI, chap. 2.

<sup>2</sup> T. II, p. 260 et 261.



» ces buts successifs établis sur la route. Dans leur intervalle,  
 » divers chemins peuvent être choisis : le point de départ, le  
 » point d'arrivée sont donnés et nécessaires ; mais il y a un mo-  
 » ment où tel sentier a pu être préféré à tel autre. Une révolution  
 » peut s'accomplir dans les esprits avec lenteur ou précipi-  
 » tation, violemment ou insensiblement ; les progrès peuvent  
 » être aidés ou contrariés. La race humaine n'est pas un corps  
 » privé de volonté et de vie, roulant dans les espaces du destin  
 » d'après les lois d'une gravitation morale. La responsabilité  
 » des individus, des peuples même, est aussi une idée néces-  
 » saire et indestructible dans notre âme..... Rouages de la  
 » machine universelle, les hommes n'en restent pas moins à  
 » nos yeux pour ce qu'ils sont, avec leurs vices ou leurs ver-  
 » tus. L'exercice individuel de leur libre arbitre est aussi une  
 » vue de la Providence..... Nous ne pouvons supprimer la  
 » comparaison des faits historiques avec la loi morale, avec la  
 » règle du devoir révélé en notre âme. Autrement l'histoire  
 » serait muette et sans leçons, rien n'y serait à blâmer ou à  
 » approuver ; nulle expérience à y puiser, nul enseignement à  
 » y recueillir. Traitée comme une des sciences fondées sur  
 » l'observation physique, on n'y chercherait que les lois néces-  
 » saires des mouvements moraux ; le sommet de la science se-  
 » rait atteint lorsque les convulsions des peuples, les ravages  
 » de la guerre, les crimes de l'iniquité, seraient réduits en for-  
 » mules comme les éclipses ou les conjonctions des astres. »

Dans les *Amschaspands et Darvands* de M. de Lamennais voici quelques-unes des douces paroles qu'un bon génie fait entendre à un de ses frères : « Combien de civilisations différentes n'as-  
 » tu pas déjà vues périr ? Qu'en est-il advenu ? Le genre humain  
 » a-t-il cessé de vivre ? Non. Après une époque de langueur  
 » malade, de vertige et d'assoupissement, revenu à lui-même,  
 » plein de vigueur et de séve, il est, poursuivant sa route éter-  
 » nelle, entré dans la voie d'une civilisation plus parfaite. Ces  
 » révolutions périodiques, assujetties à des lois identiques au  
 » fond avec les lois universelles du monde, offrent en parti-  
 » culier ceci de remarquable que, s'accomplissant dans une  
 » sphère toujours plus étendue, elles ont une relation visible à  
 » l'unité vers laquelle tout tend, à laquelle tout aspire. » Ainsi  
 l'humanité, dont la défaillance n'est que momentanée, ressem-  
 ble à ces fleurs qui replient leurs corolles pour accomplir dans

l'ombre l'acte mystérieux qui renouvelle la vie. Aux ardent tempêtes succèdent les rayons d'une sainte espérance.

J'ai cru devoir terminer cet aperçu, ces méditations sur le droit naturel par d'assez nombreuses citations ; je l'ai fait parce que les hautes considérations qu'exposent ces voix infiniment plus éloqu岸tes que la mienne expliquent pleinement la marche des siècles.

Les modifications, les phénomènes qui s'écoulent dans le sein de la création sont dominés par les lois physiques de la nature, lois qui parlent en images et produisent par leurs paroles des principes sacrés, des règles souveraines. Lors même que leur apparition n'est que passagère, elle concourt cependant à faire connaître les lois de la création.

L'existence des lois morales de l'humanité, celle du droit naturel se constate-t-elle aussi à nos esprits? Oui, sans aucun doute. La liberté humaine va, il est vrai, dans des sens divers. Tantôt elle observe, tantôt, au contraire, elle méconnaît sa haute et digne vocation ; mais, en définitive, la sagesse providentielle fait servir tous les événements à son but, qui est le triomphe apparent de la vérité, du beau et du bien. Ainsi se manifeste en ce monde un ordre moral propre à influencer les esprits les plus indociles, les plus incrédules, avec presque autant d'empire que l'ordre physique régit les corps dans l'harmonie de l'univers. « Nous recueillons d'âge en âge une moisson souvent trempée de notre sang et de nos larmes.... Chaque siècle trace un sillon dans lequel germera le pain de vie des générations qu'il a vues naître <sup>1</sup>. » En approfondissant l'histoire de l'humanité on trouve quelque chose de stable, d'indépendant du raisonnement, d'imprescriptible par le temps et par les changements politiques. De là l'idée de l'existence du droit naturel. « Le mouvement de l'esprit humain, dit M. Évariste Bavoux <sup>2</sup>, offre à toutes les époques de la civilisation le double phénomène d'une force stationnaire et d'une force progressive se balançant réciproquement, la première s'opposant pour ainsi dire à l'impatience de l'autre, afin de lui donner le temps de vérifier ses acquisitions et de n'admettre définitivement que ce qui a passé par l'expérience et par la raison. »

<sup>1</sup> V. Éd. Alletz, *Génie du XIX<sup>e</sup> siècle*, introd., p. 10.

<sup>2</sup> *Philosophie politique, ou de l'ordre moral dans les sociétés humaines*.

Que conclure de tous ces éclatants témoignages, sinon qu'il y a, dans l'enchaînement des faits historiques, une intelligence admirable qui se rend visible après, quand on n'a pas eu le bonheur de l'apercevoir avant? Les volontés restent libres : mais toutes nos actions dans ce monde, tous les efforts des hommes, même ceux qui ont pour but l'erreur, l'immoralité, le trouble et l'anarchie, ramènent en définitive à la connaissance de la vraie morale, de l'auguste unité de notre vocation, à l'observation de l'ordre universel et au perfectionnement de l'humanité entière.

#### Conclusion.

Avant de finir cet article, il est nécessaire que je précise bien la position que j'ai entendu prendre; je le ferai en peu de mots.

En publiant le produit de quelques méditations philosophiques sur les principes fondamentaux du droit naturel, mon seul but a été d'encourager l'étude d'une science fort importante et que je regrette de voir actuellement trop négligée en France. Ce but, l'ai-je atteint? Je le désire vivement; car, j'en suis convaincu, la science du droit naturel concourt avec puissance à activer le développement de la loi de perfectibilité. Devant la constatation des principes de certitude qui servent à établir cette science doivent tomber successivement tous les faux préjugés, toutes les institutions vicieuses que l'ignorance et la superstition laissent régner dans les pays barbares, mais qui, dans les contrées civilisées, ne trouvent de partisans que parmi les ennemis des plus hautes vérités philosophiques et sociales. Il n'y a rien d'important dans l'ordre religieux, moral, politique et civil des peuples que ne touche par quelque point la science du droit naturel. Et, en effet, de quoi cette science s'occupe-t-elle? Des lois de notre nature, c'est-à-dire des destinées de l'humanité entière, de son organisme physique, intellectuel et moral, et des règles qui doivent en diriger l'action vitale.

Nous avons vu que le droit naturel peut être étudié sous deux points de vue distincts, mais qui, envisagés philosophiquement, ont entre eux des rapports intimes. Si l'on s'attache à la recherche et à la connaissance des lois de notre nature, à l'établissement de leurs principes, c'est le droit naturel pur que l'on étudie. La science abstraite une fois approfondie, le droit

naturel s'offre à nous sous des dehors fort intéressants. Chacune des diverses relations de la vie pratique (l'Église, l'État, la famille, la personnalité elle-même, les objets extérieurs) est appelée à recevoir théoriquement les applications des principes du droit naturel pur; à puiser dans ces principes les éléments d'un ensemble harmonique. Dans la partie dogmatique de l'étude du droit naturel doit figurer la distinction entre l'absolu du droit et ce que l'on peut considérer comme le produit des événements historiques et des situations particulières de chaque État. La partie subjective ou pratique de la science présente l'exposé des moyens d'une juste application des principes du droit normal aux institutions des différents pays, afin de parvenir à leur commun perfectionnement. Le droit naturel a aussi une partie historique; elle sert à constater le développement de l'influence des principes de cette science dans les lois, les coutumes et les autres institutions de tous les peuples du monde.

L'essai philosophique que je viens de terminer ne présente que des vues d'ensemble. Je n'ai point examiné sous toutes leurs faces, exposé dans toutes leurs applications les principes du droit naturel. Cette science offre une vaste carrière à parcourir. Je n'ai voulu qu'en indiquer les points principaux. J'ai proportionné la tâche à mes forces et tenté seulement de me rendre utile.

Que les adeptes redoublent donc de zèle et d'ardeur : ils ont une double mission à remplir. D'ardentes polémiques se sont élevées sur les notions du droit naturel; de nombreux ouvrages ont été publiés à ce sujet; mais tout n'a pas été dit sur cette science. Une plus exacte méthode d'observation en éclaircira les points restés obscurs et communiquera une sève plus féconde aux germes de vérité qu'elle est appelée à développer. Il faut que, par tous les moyens qui sont à sa disposition, elle tende à consolider l'harmonie entre les intérêts, les devoirs, les besoins et les tendances de chaque société, de chaque membre qui compose la grande famille humaine. Quand cette harmonie a été bien appréciée, quand les principes de certitude ont été sagement discernés et reconnus, on peut sans crainte s'avancer dans la voie de l'application; car on est pourvu d'un appui solide et d'une lumière brillant du plus pur éclat.

RIGAULT.

## DES COMMISSIONS ROGATOIRES EN MATIÈRE CRIMINELLE.

PAR M. AMB. VENTÉ, substitut à Beauvais.

Parmi les causes les plus fréquentes des lenteurs qu'on remarque dans la marche de nos procédures criminelles ; M. l'avocat général Croissant signale l'exécution des commissions rogatoires<sup>1</sup>.

Le grief est fondé. D'où vient le mal ? Et quel remède y apporter ? Nous voulons le rechercher.

Il faut distinguer d'abord entre les commissions d'experts et celles de magistrats, et parmi ces dernières entre celles qui sont envoyées hors de France, et celles qui doivent être exécutées en France. Nous ne nous occuperons que de celles-ci.

Nous ne voyons pas en effet, en ce qui concerne les autres, ce qu'il serait possible d'ajouter aux observations pléines de justesse que nous trouvons dans le discours de M. Croissant.

Quant aux experts, les moyens d'action disciplinaire manquent évidemment sur eux. Ce n'est donc que par l'intervention personnelle et pressante du juge, par la réduction des honoraires, au besoin même par la radiation du tableau dans les tribunaux où il y en a un, qu'on peut agir et sévir, s'il est besoin.

Quant aux commissions rogatoires envoyées à l'étranger, il n'est pas moins certain qu'on ne peut procéder que par les voies diplomatiques au meilleur règlement de ce mode d'instruction, et dès lors la question prend des proportions qui dépassent celles de cette simple étude, puisqu'elle se rattache aux difficultés pour ainsi dire insolubles de l'établissement d'une procédure internationale.

Nous traiterons donc uniquement des commissions rogatoires confiées aux magistrats français. Elles sont de beaucoup les plus nombreuses et les plus importantes<sup>2</sup>.

On paraît croire généralement que cette procédure est or-

<sup>1</sup> V. le discours prononcé par ce magistrat dans l'audience de rentrée du 3 novembre 1854 (*Gazette des tribunaux* du samedi 4).

<sup>2</sup> La statistique criminelle constate qu'en 1850 les juges de paix ont eu à s'occuper de 21,605 commissions rogatoires dans lesquelles ils ont entendu 184,185 témoins. Le nombre de celles que reçoivent chaque année les juges d'instruction varie de sept à huit mille.

ganisée d'une manière complète, irréprochable, et le blâme sévère dont elle fournit l'occasion, passe par-dessus la loi sans même l'effleurer pour aller frapper les magistrats qui l'exécutent. « Il est reconnu, dit M. Croissant, que les commissions rogatoires ne s'exécutent pas avec toute la promptitude désirable : » certains magistrats ne se rendent pas bien compte de leurs » obligations sur ce point important. Parce qu'il s'agit pour » eux d'un crime commis loin de leur arrondissement, et de » procéder à des investigations dont parfois ils n'ont pas à ap- » précier la portée, ils regardent comme moins urgente la mis- » sion qui leur est confiée, et en ajournent outre mesure l'ac- » complissement. Pendant qu'ils demeurent ainsi inactifs, la » procédure est suspendue, la détention de l'inculpé se pro- » longe, et vainement cherche-t-on à mettre un terme à des » retards que rien ne justifie; vainement le procureur général » fait-il sentir le poids de sa haute intervention, tout s'arrête » devant cette réponse sans réplique : on attend le retour d'une » commission rogatoire. »

Peut-être serait-il plus juste de dire avec M. Bonneville que « les commissions rogatoires imaginées dans un but de *célérité* » et d'*économie* sont devenues une cause de retard dans l'apu- » rement des procédures. » En effet, il est possible que cet instrument de procédure fonctionne mal en de certaines mains; mais il nous semble que cela tient surtout à ce qu'il est lui-même incomplet, défectueux, et il est facile de le démontrer <sup>1</sup>.

La commission rogatoire est, on le sait, un acte par lequel un magistrat charge ou requiert un autre magistrat de faire pour lui un acte de son ministère <sup>2</sup>. Éviter des lenteurs préjudiciables à la découverte de la vérité, et des frais qui souvent retournent à la charge du Trésor, tel est le but de cette procédure, telle est son utilité.—Rompre l'unité de l'instruction, substituer dans la recherche des preuves l'appréciation de magistrats étrangers à celle du juge instructeur, amoindrir la responsa-

<sup>1</sup> M. le conseiller Bonneville de Marsangy, dans le volume qu'il vient de publier sur *l'amélioration de la justice criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, a traité, p. 357, le sujet qui nous occupe. Un esprit d'invention fécond et lumineux, une pensée toujours élevée, un style clair et précis, recommandent trop d'eux-mêmes à l'attention publique le livre du savant magistrat pour que nous croyions nécessaire d'en faire ici l'éloge : il suffit d'y renvoyer le lecteur.

<sup>2</sup> Massabiau, t. II, n° 1875.

bilité de celui-ci, tels sont les dangers qu'en retour elle peut offrir.

On lui reproche aussi avec raison de substituer aux lenteurs que l'on veut éviter celles qu'entraîne la multiplicité de ses intermédiaires. La commission rogatoire délivrée par un juge d'instruction est le plus souvent remise par lui au procureur impérial de son siège, lequel l'adresse à son collègue du lieu de destination. Celui-ci la remet au juge délégué, qui lui-même peut en confier l'exécution à un de ses auxiliaires. A quoi bon toutes ces transmissions dont plusieurs sont, sans profit, une cause de retard?

Le mal s'aggrave encore d'une autre cause. En effet, la loi n'ayant traité qu'incidemment et d'une manière incomplète de cette procédure, la science et la pratique sont dans un complet désaccord sur les principes les plus essentiels de la matière. Ainsi quels actes peut-on déléguer? A quels magistrats la délégation peut-elle être faite? Autant d'auteurs, autant d'avis, et quelquefois la pratique ne suit ni les uns ni les autres. Elle-même est remplie de divergences, et c'est une cause de retards plus fâcheuse qu'on ne saurait croire. Dans certains cas, le magistrat attend, hésite, consulte, et ne recueillant qu'incertitude, il emploie à rechercher l'étendue de son droit un temps précieux qui, plus tard, passe au compte de sa négligence.

Enfin les quelques principes que l'on s'accorde à regarder comme certains sont si peu en harmonie avec le but même de la procédure, avec les plus indispensables besoins de la pratique, qu'on ne peut espérer d'en tirer tout le parti possible si l'on ne consent à leur donner l'extension qu'ils comportent de raison comme d'équité.

Tel est le mal. C'est en dire le remède.

Il faut que ces principes soient nettement déterminés et clairement exprimés; que toutes les conséquences justes et nécessaires en soient adoptées; que les rouages inutiles de la procédure soient supprimés; que l'exécution des commissions puisse être l'objet d'une surveillance efficace. Or, les règles qui suivent nous paraissent donner à toutes les exigences de la matière leur légitime satisfaction.

1° Tout acte d'instruction peut être délégué, à l'exception de la délivrance des mandats de dépôt et d'arrêt.

2° Tout officier de police judiciaire peut recevoir délégation, à l'exception des magistrats du ministère public.

3° Tout officier de police judiciaire peut déléguer et sous-déléguer. Toutefois, ceux de ces officiers, que la loi qualifie d'auxiliaires, ne le peuvent qu'en cas d'urgence et à charge de rendre compte.

4° La délégation et la sous-délégation sont valables dans toute l'étendue du territoire français.

5° Entre le déléguant et le délégué la correspondance est directe.

6° Tout officier de police judiciaire doit tenir un registre sur lequel il inscrit la nature de la commission qu'il reçoit, le lieu et le magistrat d'où elle vient, la date de la réception, de l'exécution, du renvoi, et, si la commission n'est pas exécutée dans les cinq jours de l'arrivée, le motif du retard. Il joint extrait dudit registre à la commission qu'il retourne.

Nous allons établir maintenant que la nécessité pratique commande d'adopter ces règles, et que la raison les avoue parfaitement. Quelques-unes d'entre elles blessent, il est vrai, certaines autres règles de notre droit criminel, mais aucune qui soit un principe essentiel, aucune qui ne trouve dans la loi elle-même des exceptions, toutes les fois que le législateur a jugé utile d'en introduire, et notamment au cas de flagrant délit. Nous ne voulons qu'étendre ces exceptions. Au fond, la pratique le fait souvent déjà, sans y être autorisée. Régulariser son action, c'est tout ce que nous demandons.

#### PREMIÈRE RÈGLE.

Tout acte d'instruction peut être délégué, à l'exception de la délivrance des mandats de dépôt et d'arrêt.

Ces actes sont l'audition des témoins, les constatations de lieux, les perquisitions, les saisies, l'interrogatoire du prévenu, la délivrance des mandats. Il faut justifier pour chacun d'eux la règle que nous venons de poser.

#### De l'audition des témoins.

Si l'on consulte le texte de la loi, l'audition des témoins ne peut être déléguée que lorsque le témoin est, pour cause de maladie, dans l'impossibilité de comparaître, et s'il habite hors



de l'arrondissement ou du canton où le juge est domicilié (art. 83 et 84 Code d'inst. crim.). Hors de ces cas, elle ne peut point l'être. C'est l'avis de M. Mangin<sup>1</sup>. M. Hélie est moins rigoureux<sup>2</sup>. Il autorise la délégation en toute circonstance, à moins que le témoin n'habite dans le même canton que le juge de paix. Les autres auteurs et la pratique<sup>3</sup> admettent au contraire que l'audition des témoins peut toujours et sans aucune exception être déléguée.

Nous pensons que le principe de la délégation devrait être accepté sans restriction ni limites.

Ainsi dans le canton qu'habite le juge d'instruction : — journalièrement il arrive que des délits insignifiants y sont commis. Ce sont des vols misérables, des rixes légères, dont la preuve ne peut pas toujours être acquise sans instruction. Si l'audition des témoins peut être faite aussi bien par un officier de police auxiliaire que par le juge, pourquoi l'imposer à celui-ci? L'ordre public ne l'exige pas, non plus que l'importance de ces informations. Pourquoi distraire nécessairement le juge d'affaires plus graves, plus considérables, plus urgentes qui demandent tout son temps et toutes ses réflexions?

Ou bien encore, dans un canton autre que celui de la résidence du juge, un vol de peu de valeur est commis, mais le délit n'est point flagrant, et les témoins ne peuvent justifier d'aucune maladie. Alors, de par la loi qui est formelle, on devra enlever ces malheureux témoins aux occupations les plus pressantes de l'agriculture ou de l'industrie pour les faire venir au chef-lieu. Quoi faire? Ne rien dire peut-être, ou dire au juge d'instruction ce que le juge de paix eût tout aussi bien recueilli. Or, s'ils avaient été entendus au chef-lieu du canton, le juge de paix les eût retenus une heure ou deux au plus peut-être, et

<sup>1</sup> Mangin, *De l'instruction criminelle*, n° 25. V. aussi Carnot, sur l'article 83, n° 2, et observations additionnelles.

<sup>2</sup> Hélie, *Instruction criminelle*, t. V, § 370, n° 1.

<sup>3</sup> Legraverend, t. I, p. 284, 285 et 288. — Dalloz, v° *Instruction criminelle*, n° 574. — Duverger, t. II, p. 574. — *Jurisprudence générale du Journal du Palais*, v° *Commission rogatoire*, nos 18 et 19. — Massabiau, n° 1881. — *Circulaires ministérielles*, 19 avril 1811 et 23 septembre 1812. — Cette opinion n'est point, à vrai dire, aussi nettement formulée par tous ces divers auteurs, mais ils posent leur principe en des termes si larges qu'on est autorisé à en tirer cette conséquence. C'est ce que font les *Codes annotés* de Gilbert, art. 83, n° 3.

l'audition ainsi faite aurait épargné aux témoins leur fatigue et la perte d'une journée, au Trésor des frais souvent considérables.

On dira peut-être qu'en ce qui concerne les témoins non malades et résidant hors du canton, les instructions ministérielles, la pratique et la jurisprudence actuelle<sup>1</sup> ont consacré déjà, par voie d'interprétation, la prétendue réforme que nous proposons. Cela est vrai, mais d'abord toute la subtilité des commentateurs ne fera point que le texte de la loi ne soit formellement contraire à cette interprétation, ainsi qu'il avait été d'abord jugé<sup>2</sup>. Puis resterait encore le premier cas dont traite l'article 83, celui de l'audition des témoins qui résident dans le canton du juge d'instruction. La jurisprudence n'a point encore examiné, que nous sachions, cette difficulté et M. Hélie, le texte de la loi à la main, refuse de la trancher dans le sens que nous indiquons. N'y a-t-il point cependant raison équivalente sinon identique de soumettre les deux espèces à la même règle? Économie de temps pour le juge, sinon de frais pour le Trésor, sans diminution réelle des garanties qu'exige la position du prévenu. Qu'est-ce qui a conduit à décider que l'audition des témoins domiciliés hors du canton pouvait être déléguée à raison seulement de la distance, malgré le texte de l'article 83? « Cette opinion, dit M. Dalloz, n° 574, a été admise à raison de » l'économie de frais. » On n'eût certes pas sacrifié à des considérations d'un ordre aussi secondaire la bonne direction des affaires, l'intérêt social ou celui non moins respectable des prévenus. A plus forte raison, peut-on affirmer qu'ils ne le seraient point davantage aux considérations tirées de l'expédition plus rapide des affaires, et des besoins de l'administration judiciaire, puisqu'elles sont par elles-mêmes d'un ordre moral plus élevé et plus digne d'attention.

Il faut donc dire qu'en réalité rien autre chose que le texte même de la loi ne commande d'accepter l'opinion de M. Hélie, et que si la pratique agit illégalement en procédant ainsi, rien ne s'oppose du moins à ce que la loi soit modifiée dans un sens plus large et plus conforme aux besoins de l'administration judiciaire.

<sup>1</sup> Cassat. crim. rej., 6 mars 1841.

<sup>2</sup> Crim. cassat., 27 août 1818.

## Des constatations, perquisitions et saisies.

La pratique autorise la délégation de ces divers actes<sup>1</sup>. Quant aux auteurs, ils sont sur ce point fort divisés<sup>2</sup>.

L'article 90 du Code d'instruction criminelle qui, hors le cas de flagrant délit, traite seul de la délégation des actes de perquisitions et de saisies, n'en parle que pour le cas où il doit y être procédé hors de l'arrondissement du juge compétent. Mais ses dispositions sont-elles limitatives? Le juge peut-il, nonobstant les termes de cet article, déléguer dans son propre arrondissement le droit de procéder à ces différents actes?

Nous croyons qu'il le peut. Cependant le texte de la loi, il faut le reconnaître, se prête difficilement à cette interprétation. Or, si le doute est possible, n'est-ce pas, au point de vue spécial qui nous occupe, le cas de rechercher dans quel sens une loi nouvelle et plus complète devrait le résoudre? Suivant nous, le principe absolu de la délégation est le seul nécessaire, et partant le seul vrai.

Au fond, quel est à ce système l'objection capitale? Ces actes, dit-on, sont des actes d'exécution, ayant des conséquences graves, portant atteinte à l'inviolabilité du domicile. Ce n'est pas trop d'exiger pour leur accomplissement la double garantie de l'appréciation personnelle et de la présence même du juge qui les a ordonnés. Un simple officier de police judiciaire ne présente point une garantie et une responsabilité assez efficaces. Les nécessités même du service judiciaire ne sont point une cause suffisante de dérogation à une règle aussi importante<sup>3</sup>.

Tout cela mérite sans doute d'être pris en considération, et nous convenons qu'il vaudrait mieux que les actes d'exécution fussent toujours accomplis par le juge d'instruction. Mais est-ce possible? Nous ne le croyons pas. Comprendrait-on, par exem-

<sup>1</sup> Massabiau, t. III, n° 1756. — Dalloz, *suprà*, n° 575.

<sup>2</sup> Voyez dans notre sens : Massabiau et Dalloz, *suprà*. — Legraverend, t. I, p. 239, note 1. — *Journal du Palais*, *suprà*, n° 31. — Bourguignon, t. I, p. 195. — Duverger, t. II, n° 282. — Cassation, 6 mars 1841. — Grenoble, 16 décembre 1840.

En sens contraire : Mangin, n° 88. — Carnot, t. I, art. 374, n° 1, et observations additionnelles. — Hélie, t. V, p. 671 et suiv., mais seulement en ce qui concerne les perquisitions et saisies.

<sup>3</sup> Hélie, t. V, p. 479 et suiv.

ple, que pour rechercher, saisir et comparer quelques épis de blé au domicile d'un inculpé il fût indispensable qu'un juge d'instruction quittât son cabinet, toute affaire cessante, et s'en allât, assisté du procureur impérial et du greffier, faire à grands frais et grande perte de temps un voyage de quinze à vingt lieues peut-être? Est-ce qu'une pareille recherche ne sera pas aussi bien faite, sinon mieux, plus tôt et à moindres frais par un juge de paix ou par un maire?

Qu'on ne dise pas que nous citons pour exemple un fait à peine digne d'attention, tandis que nous laissons dans l'ombre les procédures importantes où la délégation des actes pourrait compromettre l'instruction même. Les délits les plus fréquents sont précisément les moins graves, et le législateur doit statuer de préférence *de eo quod plerumque fit*. Il est vrai que si la règle est uniforme pour tous, le juge se trouvera quelquefois abandonner à des auxiliaires l'exécution d'actes extrêmement graves. Mais, suivant nous, cette faculté est sans danger; car le soin de sa propre responsabilité empêchera toujours le juge de le faire, en admettant que le sentiment du devoir et sa conscience n'y eussent pas déjà suffi.

Ce que nous demandons, après tout, n'est que l'extension d'un principe que la loi elle-même reconnaît, la faculté de déléguer un acte quand le juge ne peut pas l'accomplir. L'article 90 lui-même n'en est qu'une application. Peut-être dira-t-on que dans le cas de cet article la délégation est nécessaire, parce que le juge d'instruction ne peut agir hors de son ressort, que, d'un autre côté, il ne fait que charger son collègue d'un acte pour l'exécution duquel celui-ci a par lui-même capacité légale et complète, qu'il n'en serait pas de même d'un officier de police auxiliaire auquel la délégation conférerait un pouvoir que la loi lui refuse par cela seul qu'elle ne le lui donne pas. Mais ces principes sont loin d'être aussi absolus qu'on le suppose : nous en trouvons la preuve même dans le Code d'instruction criminelle. Le juge doit déléguer ici, dit-on, parce qu'il agit hors de son arrondissement. En thèse générale cela est vrai, parce que la loi l'a dit; mais ce n'est là, nous le verrons plus loin, qu'une mesure d'ordre, dont elle sait affranchir le juge quand elle le croit nécessaire. C'est ainsi qu'en matière de fausse monnaie le juge d'instruction peut faire perquisition hors de son arrondissement (art. 464 instr. crim.).

Est-il plus certain qu'un magistrat ne puisse jamais, dans aucun cas, déléguer à un auxiliaire tout ou partie des fonctions dont la loi l'investit et qu'elle interdit à celui-ci d'exercer directement? Le Code nous fournit des exemples saillants du contraire. Ainsi l'article 292 donne au président des assises le droit de déléguer l'interrogatoire des prévenus déposés dans la maison de justice, quoique lui seul soit compétent pour faire cet interrogatoire, aux termes de l'article 266. — Dans le cas de poursuites à exercer contre un officier de police judiciaire, le premier président et le procureur général sont seuls compétents pour instruire (art. 484), et cependant les articles 213 et 484 les autorisent à déléguer des magistrats dans l'arrondissement où le crime est commis. — L'article 302 permet au président des assises de déléguer l'audition de certains témoins à un juge d'instruction, même d'un autre arrondissement que celui où ils résident. — On trouve encore dans l'article 497 une règle identique à celle de l'article 303 pour l'interrogatoire de certains prévenus.

Enfin nous verrons tout à l'heure, en parlant du flagrant délit, que la délégation des actes dont nous parlons, loin d'être un fait exorbitant, est, au contraire, un fait presque normal. Fût-il vrai d'ailleurs que la loi s'opposât à cette délégation, et cette prohibition fût-elle même écrite dans nos codes, nous dirions : la pratique contraire existe; elle est un fait acquis dans nos procédures; elle tire de sa nécessité même son droit de vivre et la preuve de sa légitimité. Pourquoi ne pas la régulariser? Pourquoi n'en pas inscrire le principe même dans la loi? Si le droit existe, consacrons-le; s'il n'existe pas, créons-le.

#### De l'interrogatoire des prévenus.

Le Code d'instruction criminelle n'autorise le juge d'instruction à déléguer l'interrogatoire que dans le cas exceptionnel où le prévenu, arrêté hors de l'arrondissement deux jours après la délivrance du mandat d'amener, et à une distance de plus de cinq myriamètres du domicile du juge, demande à être interrogé au lieu même de son arrestation (art. 103). Doit-on en conclure que la délégation de cet acte ne peut avoir lieu dans aucune autre circonstance<sup>1</sup>?

<sup>1</sup> POUR LA FACULTÉ DE DÉLÉGUER : Dalloz, *suprà*, n° 577. — Duverger, t. II,

Si cette règle est d'ordre public, si elle est pour le prévenu une sauvegarde, un droit tutélaire, il faut la maintenir rigoureusement. Mais en est-il ainsi? La loi elle-même ne paraît pas le penser. On ne voit pas d'abord pourquoi cette restriction, essentielle au prévenu dans la plupart des cas, ne le serait pas dans celui exceptionnellement prévu par l'article 103 du Code d'instruction criminelle. Puis le même code autorise cette délégation dans bien d'autres circonstances par ses articles 266, 283, 497. Il est vrai que ce ne sont point ici les juges d'instruction qui sont investis de la faculté de déléguer. Mais qu'importe? Si le droit du prévenu d'être interrogé par le magistrat même qui instruit son affaire est un droit rigoureux, essentiel à la défense, ce n'est point la qualité seule du magistrat instructeur qui peut suffire pour lui enlever ce droit.

Ensuite l'intérêt même du prévenu peut demander que cet interrogatoire soit délégué. Nous essayerions de le démontrer, si nous n'en trouvions la justification la plus complète dans l'ouvrage même de M. Hélie, qui, en principe, combat si fort cette concession. « Et néanmoins, dit-il (p. 684), on peut prévoir quelques hypothèses qui, sans rentrer précisément dans l'article 103, peuvent invoquer la raison qui a dicté cet article. Telle serait celle où le prévenu se trouvant dans un lieu éloigné du siège de l'instruction, ne pourrait, à raison de son état de maladie, être transféré sans péril; tel serait encore le cas où la prévention reposerait sur des motifs trop légers ou trop vagues pour motiver la mesure rigoureuse d'une translation. Le juge pourrait peut-être dans ces deux cas, en invoquant l'exception même de l'article 103, déléguer l'interrogatoire du prévenu et concilier, comme l'a voulu faire cet article, les droits de l'humanité avec les droits de la justice. Il ne s'agirait pas de changer le caractère exceptionnel de cette mesure, mais seulement d'apprécier le motif et les termes de l'exception, et de l'appliquer dans toute son étendue. »

On voit que l'intérêt du prévenu, et à plus forte raison l'intérêt de l'action publique commandent que l'interrogatoire puisse être délégué. Cette délégation ne doit être, après tout,

n° 367. — *Journal du Palais*, *suprà*, n° 27 et suiv. — EN SENS CONTRAIRE : Carnot, *suprà*, art. 83, n° 2. — Hélie, *suprà*, p. 684, mais en thèse générale seulement.

qu'une question de circonstance, d'opportunité ou de nécessité pour le juge.

#### Des mandats.

Nous abordons ici une question beaucoup plus délicate. On sait quelle fâcheuse confusion notre loi criminelle a laissé subsister dans cette matière des mandats <sup>1</sup>. Il en résulte parfois de grandes difficultés pour l'appréciation de l'usage qu'on en peut faire. Au point de vue qui nous occupe, que doit-on décider?

Il est généralement admis que le juge peut déléguer la délivrance du mandat de comparution, mais point celle des autres mandats <sup>2</sup>. La raison en est que l'article 283 du Code d'instruction criminelle autorise dans certains cas la délégation de tous les actes d'instruction, sauf celle des mandats d'*amener*, de *dépôt* et d'*arrêt*. D'où l'on conclut que, puisqu'il n'excepte pas de cette faculté le mandat de comparution, c'est qu'il permet de le déléguer. Cela est d'autant plus raisonnable que ce mandat n'est, à vrai dire, qu'une citation à comparaître. Mais nous ne discutons pas ici un point de droit, et nous arrivons au système que nous croyons utile d'introduire dans la loi.

Il faut distinguer, suivant nous, entre les mandats définitifs et les mandats provisoires. Les premiers, qui sont les mandats de dépôt et d'arrêt, ne pourront jamais faire l'objet d'une délégation. Ce n'est pas, comme on le dit généralement, parce qu'ils sont actes de juridiction ou exécutoires par toute la France, c'est parce qu'ils sont une atteinte à la liberté individuelle, et, quelque latitude qu'on doive laisser à l'action de la justice, une telle atteinte, la plus grave de toutes, ne peut être consacré que sous la garantie et la responsabilité personnelle du magistrat auquel la loi donne directement l'instruction. Lorsqu'il s'agit de priver définitivement jusqu'à jugement un homme de sa liberté, de l'arracher définitivement à sa famille et à ses occupations, ce n'est que sous le coup de la plus ex-

<sup>1</sup> « On s'accorde à reconnaître que le chapitre 7 du Code d'instruction criminelle sur les *mandats* est un de ceux qui laissent le plus à désirer par l'insuffisance et l'ambiguïté de sa rédaction. Aussi a-t-il été l'objet de critiques et de controverses nombreuses. » (Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 441.)

<sup>2</sup> Sic. Dalloz, *suprà*, n° 578. — Carnot, t. II, art. 283, n° 3. — Duverger, n° 372. — *Journal du Palais*, n° 41. — Sont contraires à la délégation même du mandat de comparution : Hélie, t. V, p. 772. — Douai, 24 juillet 1835.

trême nécessité qu'on doit s'y décider. Or, tant que l'acte n'émane pas du juge instructeur lui-même, on peut dire que l'appréciation faite par son délégué n'a pas un caractère certain et définitif, qu'il n'offre pas toutes les garanties nécessaires pour satisfaire les scrupules de la loi. D'un autre côté, il n'est point à craindre pour la justice que le prévenu n'abuse du bénéfice de cette règle pour se soustraire à son action, puisqu'à l'aide du mandat d'amener il peut toujours être placé provisoirement sous bonne garde.

Au contraire, s'agit-il des mandats de comparution et d'amener purement provisoires, nous pensons qu'ils peuvent être délégués.

D'abord *quant aux témoins*. N'est-il point illogique que l'officier de police judiciaire puisse les appeler et ne puisse pas les contraindre à venir<sup>1</sup>? Ainsi vous commettez un juge de paix pour entendre un témoin, afin que l'audition ait lieu plus tôt. Mais le témoin refuse de venir, et le juge de paix est obligé de renvoyer la commission inexécutée par ce motif. C'est une cause de retard, et pour l'autorité du juge de paix une cause d'affaiblissement.

*Quant au prévenu*. Comprend-on qu'un individu puisse être appelé devant le juge de paix, averti qu'il est soupçonné, et que la loi lui accorde le droit de ne pas venir, de prendre son temps pour connaître les dépositions des témoins à l'avance et préparer ses moyens de défense au détriment de la vérité? Comprend-on que lorsqu'un magistrat est convaincu de la culpabilité d'un individu souvent sans racines dans le pays, et dont on peut craindre la disparition, il soit obligé de le laisser libre et maître de prendre la fuite? Quant à nous, rien ne nous semble moins justifiable.

On dit que cette délégation est inutile, parce que les mandats étant exécutoires dans toute la France, le juge d'instruction peut les délivrer directement. Ce n'est là cependant qu'une raison superficielle, que nous ne pouvons accepter. Pourquoi délègue-t-on l'interrogatoire du prévenu? « Parce que, dit M. Hélie, les soupçons sont quelquefois trop légers pour exiger son

<sup>1</sup> Le juge d'instruction délégué peut user des moyens de contrainte que lui accorde l'article 86 quand il agit de son chef; mais il n'en est point de même des officiers de police auxiliaire. — Bourguignon, t. 1, p. 194. — Legraverend, t. 1, p. 300. — Carnot, t. 1, p. 371. — Hélie, t. V, p. 205. — Mangin, t. I, p. 189.



» déplacement. » Mais si, sur l'information et sur l'interrogatoire délégués, ces soupçons se confirment, s'ils deviennent une certitude, faudra-t-il nécessairement mettre en liberté le coupable, lui donner le temps et la facilité de s'enfuir ?

On ajoute que la délivrance des mandats est un acte de juridiction. Que veut dire ceci ? Ne serait-ce point là un de ces grands mots qui cachent peu de sens ? Si le Code d'instruction criminelle n'autorise pas la délégation de ces actes, nous comprenons que la jurisprudence ne veuille pas suppléer à cette lacune. Mais le législateur peut toujours autoriser la délégation d'un acte de juridiction. Nous en avons déjà dans cette étude rencontré des exemples saillants.

Nous le répétons encore, ces mandats ne sont que des actes provisoires, n'ayant aucun caractère de permanence, n'engageant en rien l'avenir et laissant le sort du prévenu à son véritable juge, le juge d'instruction, qui, après interrogatoire, après examen et appréciation de toutes les charges, pourra seul convertir ce mandat en mandat de dépôt ou d'arrêt. La nature des fonctions des officiers de police judiciaire ne répugne en rien à ce qu'ils soient investis de ce pouvoir par la confiance du juge d'instruction. Il est facile de le démontrer.

En effet, tous ces actes que la théorie, dans des limites bien diverses, s'efforce de soustraire au principe de la délégation, l'exercice spontané, direct, en appartient aux officiers de police auxiliaire en cas de flagrant délit. Et nous ne parlons point seulement ici de la délivrance des mandats, mais encore de tous les autres actes de procédure dont nous avons traité plus haut. En réservant pour cette place l'argument que nous présentons ici nous avons voulu seulement éviter d'inutiles répétitions.

Donc, en cas de flagrant délit, tout officier de police judiciaire peut, non-seulement par délégation (art. 52), mais encore de son chef et directement, instruire, entendre des témoins, faire des perquisitions, saisir, interroger le prévenu et l'arrêter (art. 49). Cela posé, viendra-t-on dire que la capacité de ces fonctionnaires doit nécessairement se mesurer sur le nombre d'heures écoulées depuis la perpétration du délit, capables pendant les vingt-quatre heures qui le suivent, incapables plus tard ? Et encore, sur ce seul point de savoir pendant combien de temps dure le flagrant délit, et par suite cette capacité de

convention, quelles divergences parmi les auteurs! En vérité, s'il n'y avait point d'autre raison d'interdire à l'officier de police auxiliaire l'instruction directe des affaires, ce serait d'une puérité qui ne supporterait pas l'examen.

Ce n'est point, d'ailleurs, que nous attaquions la distinction que la loi fait au point de vue de la juridiction entre le délit flagrant et non flagrant. Cette distinction est bonne au fond. Puisque l'instruction n'appartient qu'à un seul juge dans l'arrondissement, il ne faut pas qu'elle puisse se trouver disséminée entre vingt mains différentes; il faut qu'elle s'exerce sous la surveillance exclusive du magistrat instructeur, et l'on ne doit en excepter que les cas où le délit venant d'être commis, les facilités qu'on a de le saisir sur l'heure autorisent l'instruction immédiate à tout prix.

Mais n'allons pas plus loin dans cette voie de restriction. Le juge d'instruction une fois reconnu maître exclusif de l'information, *dominus litis*, donnons-lui le droit de déléguer son action quand il le juge utile, et ne disons pas que des magistrats capables, dans un cas, d'agir seuls et directement, doivent rester, dans tout autre cas, nécessairement incapables d'agir sous l'autorisation et la surveillance du juge. Non, il n'y a point à la règle que nous proposons d'obstacle tiré de la nature des fonctions des auxiliaires. Il ne peut y en avoir d'autres que l'appréciation faite par la loi de l'avantage ou du danger qu'il y a, au point de vue de la bonne administration de la justice, à autoriser cette délégation. Or, à ce point de vue, nous croyons avoir démontré que la facilité et la célérité de l'instruction, quelquefois même l'intérêt, demandent que cette délégation puisse être faite.

Il n'est pas moins facile de réfuter cette objection que les magistrats auxiliaires n'offrent pas, par leur position et leur caractère, autant de garanties que le juge d'instruction.

Qu'importe, en effet, que cette objection soit ou non fondée, puisque la délégation n'est pas obligatoire pour le juge, qui ne la donnera que lorsqu'il croira pouvoir le faire sans compromettre aucun intérêt? Et d'ailleurs, si nous allons au fond de la question, quelle extension de pouvoir crée-t-on en réalité au profit de ces officiers de police? Leur information ainsi faite ne vaut que comme renseignement, et ne peut valoir plus. Elle n'oblige personne et ne s'impose à aucune conscience. C'est précisément ce motif qui a porté la pratique à tourner la loi. A

plus forte raison devrait-il suffire à justifier les dispositions nouvelles dont nous demandons l'introduction dans notre législation criminelle. En fin de compte, la justice ne doit pas connaître d'entraves, et c'est parce qu'elle en est surchargée que la loi disparaît sous le coup de la nécessité. Faites que les véritables besoins reconnus par la pratique deviennent des dispositions légales, et l'on n'aura plus à regretter le scandale d'une violation de la loi qu'on ne peut ni approuver ni éviter.

## DEUXIÈME RÈGLE.

Tout officier de police judiciaire peut recevoir délégation, à l'exception des magistrats du ministère public.

Cette règle est bien loin d'être établie et reconnue sous l'empire de la loi actuelle. « La loi, dit M. Hélie, est très-précise » sur ce point. Le juge d'instruction peut déléguer : 1° les premiers présidents des Cours et les présidents des tribunaux » pour recevoir les dépositions des témoins désignés par les articles 510 et suivants; 2° les juges d'instruction des autres » arrondissements, dans les cas prévus par les articles 84, 90 » et 103; 3° les juges de paix de son arrondissement, dans le » cas prévu par l'article 84; 4° enfin les officiers de police judiciaire pour l'exécution des actes prévus par les articles 32 et » suivants, en cas de flagrant délit. Chacune de ces désignations ayant été faite par la loi elle-même, il s'ensuit que le » juge d'instruction ne peut déléguer d'autres officiers<sup>1</sup>. »

Mais la pratique, dont les besoins s'accordent mal avec de telles restrictions, va beaucoup plus loin. Elle autorise la délégation des perquisitions et saisies adressées à tout officier de police judiciaire. Il n'est point même très-rare, malgré l'assertion contraire de M. Dalloz et les raisons tirées de l'article 83 du Code d'instruction criminelle, de voir déléguer même l'audition de témoins à un commissaire de police.

Sans doute cette pratique est illégale; mais ne devrait-elle pas être admise par la loi? Nous le pensons. Pourquoi tous les officiers de police auxiliaire ne pourraient-ils pas être délégués

<sup>1</sup> Hélie, t. V, p. 688. — Dalloz, *suprà*, n° 583. — Carnot, art. 49, observations additionnelles, n° 2. — Duverger, t. II, p. 381. — Bourguignon, t. I, p. 195. — Cependant, pour les perquisitions, sont d'un avis contraire : Duverger, n° 382; — Teulet et Sulpicy, *Codes annotés*, art. 90, n° 3.

aussi bien que le juge de paix? Pourquoi ne pas donner au juge d'instruction le droit absolu d'apprécier comment il doit instruire et à l'aide de quels instruments il peut procéder, lorsque ces instruments offrent de telles garanties qu'ils peuvent eux-mêmes, au cas de flagrant délit, agir directement? L'utilité d'une telle règle est évidente. Il est facile de comprendre que pour certains actes de procédure vraiment insignifiants, tels que des perquisitions d'objets sans valeur, quelques fruits volés par exemple, il est complètement inutile d'envoyer un juge de paix d'un bout à l'autre de son canton, et de faire des frais de justice quand la délégation du maire de la commune peut suffire; ou bien encore qu'il y a de certains actes, par exemple des perquisitions en matière d'adultère, qu'il vaut mieux, pour la dignité du juge, confier aux soins d'un commissaire de police.

Quant aux fonctionnaires auxquels la loi permettrait de donner une délégation, ce n'est point le lieu de nous en occuper : nous indiquons d'ensemble tous les officiers de police judiciaire, parce que tous ont un droit égal au cas de flagrant délit. De savoir si quelques agents publics, tels que les sous-officiers de gendarmerie, ne devraient pas y être ajoutés, c'est là une question assez intéressante, mais dont la place n'est point ici.

Nous avons seulement excepté de la règle, et bien entendu sans préjudice du droit de délégation qui peut exister entre eux suivant la loi, les officiers du ministère public. Il nous semble en effet que, hors du cas de flagrant délit<sup>1</sup>, qui justifie l'exception, on doit autant que possible éviter de donner le pouvoir d'informer à celui qui a la mission de poursuivre. D'ailleurs, lorsque le délit n'est pas flagrant, le ministère public trouvant toujours auprès de lui le juge d'instruction, peut requérir celui-ci d'agir directement ou par délégation. Tous les principes nous paraissent pouvoir être ici conciliés, sans qu'aucun d'eux soit sacrifié d'une manière préjudiciable à la bonne administration de la justice.

<sup>1</sup> En effet, dans ce cas, le procureur impérial ayant tous les pouvoirs du juge d'instruction peut, comme le pourrait ce dernier, déléguer tout ou partie de ses attributions à tous les magistrats de la police judiciaire, et à plus forte raison à ses collègues des autres arrondissements.

## TROISIÈME RÈGLE.

Tout officier de police judiciaire peut déléguer ou sous-déléguer. Toutefois, ceux de ces officiers que la loi qualifie d'auxiliaires ne le peuvent qu'en cas d'urgence, et à charge de rendre compte.

Cette règle a pour but : 1° d'étendre à tous les officiers de police judiciaire le droit de délégation qui, sous l'empire de notre Code, n'appartient qu'au juge d'instruction; 2° de leur donner à tous le droit de sous-délégation que le juge d'instruction lui-même ne possède aujourd'hui que d'une manière fort incomplète. La première partie se justifie d'elle-même. Prenons un exemple. Un juge de paix procède sur un crime flagrant; s'il est nécessaire de faire, *dans un même instant*, des perquisitions en divers domiciles, pourquoi ne pourrait-il pas déléguer le maire et le commissaire de police dont il est assisté? La loi donne cette faculté aux juges d'instruction et aux procureurs impériaux (art. 52); pourquoi serait-elle moins nécessaire dans le cas où le juge de paix procède aux lieu et place de ces magistrats, et avec les mêmes pouvoirs? On ne voit aucune raison de distinguer, et il n'y en a pas. Il nous semble donc inutile d'insister sur ce point, et nous arrivons immédiatement à ce qui concerne la sous-délégation.

Notre ancien droit proscrivait formellement le principe de la sous-délégation<sup>1</sup>. Le Code d'instruction criminelle l'admet, mais en le restreignant dans les mains du juge d'instruction (art. 84). Il nous semble cependant que ce principe n'a pas encore produit chez nous toutes ses conséquences vraies et nécessaires. Ainsi le juge d'instruction peut bien sous-déléguer, mais seulement le juge de paix. La seconde règle que nous venons d'établir élargirait certainement son droit en lui permettant, par voie de conséquence, de sous-déléguer tout officier de police judiciaire.

Mais ne devrait-on pas aller plus loin encore, et donner, sous de certaines conditions, le droit de sous-délégation à tout officier de police judiciaire, lui-même délégué ou non? Le juge de paix d'un canton est délégué à l'effet d'entendre des témoins et d'opérer une perquisition dans une affaire urgente. Le jour où lui arrive cette délégation, il reçoit l'avis d'un crime flagrant,

<sup>1</sup> Hélie, t. V, p. 691.

et dont la constatation exige sa présence immédiate. Que ferait-il? sacrifier l'un ou l'autre de ces deux devoirs? Mais pourquoi? Puisqu'il a, à côté de lui, des officiers de police auxiliaires qui, suivant notre principe, auraient pu être, eux aussi, délégués directement, pourquoi ne pourrait-il pas lui-même les sous-déléguer? Nous ne voyons à cette proposition qu'une objection possible. On pourrait craindre peut-être que le magistrat délégué ne profitât de cette faculté pour se décharger d'une commission qui lui serait à charge. Cette objection doit sans doute être prise en considération. A cet effet, nous pensons qu'on ne devrait autoriser ici la sous-délégation qu'en cas d'urgence, dont le délégataire devrait justifier en rendant compte des motifs qui l'ont contraint à user de cette faculté. Et dans cette hypothèse, la surveillance directe du magistrat chargé de l'instruction, et la responsabilité de l'officier de police délégué, me paraissent être une garantie suffisante contre le seul abus que ce droit puisse vraiment engendrer.

#### QUATRIÈME RÈGLE.

La délégation et la sous-délégation sont valables dans toute l'étendue du territoire français.

Si l'on accepte la règle que nous avons posée plus haut, que tout officier de police judiciaire peut être délégué ou sous-délégué sans distinction de délit flagrant ou non flagrant, un corollaire de cette règle est qu'il doit pouvoir l'être sans distinction de compétence territoriale.

Déjà ce principe est consacré dans notre loi criminelle, à l'égard des juges d'instruction, par les articles 84 et 90, qui disent que si les témoins à entendre ou les objets à saisir se trouvent hors de l'arrondissement du juge, celui-ci requerra d'opérer pour lui son collègue de l'arrondissement où se trouvent soit les personnes, soit les objets.

Ce qui ne devait point faire difficulté pour les juges d'instruction devient beaucoup plus délicat lorsqu'il s'agit d'officiers de police auxiliaire. Si le juge d'instruction, dans les cas précités, est obligé de charger son collègue d'agir à sa place, c'est que lui-même ne peut opérer hors de son arrondissement. Dès lors comment déléguerait-il directement un auxiliaire qui n'est pas de son ressort, qui ne dépend pas de lui? Ce droit n'appar-

tient-il pas exclusivement au juge de l'arrondissement dans lequel se trouve l'officier de police à déléguer? Le respect des règles de compétence n'est-il point un principe d'ordre public et nécessaire?

Ces considérations sont justes sous l'empire de la loi actuelle, et nous ne pensons pas qu'on puisse décider que notre règle soit applicable aujourd'hui. Mais les principes peuvent-ils et doivent-ils être modifiés? Nous le croyons.

Et d'abord, pourquoi le juge d'instruction ne peut-il pas agir hors de son arrondissement? Est-ce l'intérêt du prévenu qui le veut? Est-ce un motif tiré directement de considérations sociales ou politiques? Non. Un magistrat est aussi capable dans un lieu que dans un autre. Qu'on le change de résidence, et sa capacité n'en est pas affectée : elle n'est que déplacée. Qu'on étende ou qu'on resserre les limites de son territoire, elle reste la même; seulement elle s'exerce dans un lieu ou dans un autre, sur un territoire plus grand ou plus petit. Pourquoi donc ne peut-il pas agir partout? C'est que, s'il le pouvait, il y aurait alors dans le même lieu deux autorités rivales et qui pourraient se contredire. De ce danger possible est née la division des compétences territoriales; mais, on le voit, elle ne provient que d'un besoin d'administration : elle n'est qu'une loi d'administration. Cela est si vrai que ce principe, en apparence absolu, reçoit de la loi elle-même quelques exceptions tirées soit de la nature des choses, soit de l'urgence de l'instruction.

Ainsi, nous l'avons déjà dit, en matière de fausse monnaie le juge d'instruction peut continuer, hors de son arrondissement, les visites nécessaires chez les personnes soupçonnées (art. 464 C. d'instr. crim.).

En sens inverse, dans le cas où une affaire criminelle est renvoyée après cassation devant un tribunal, le juge d'instruction, originairement seul compétent, ne peut pas être délégué pour compléter l'instruction (art. 431).

Ainsi encore, en cas de flagrant délit, le juge d'instruction peut commettre le juge de paix même d'un arrondissement communal voisin du lieu du délit (art. 283 et 59).

Pourquoi ces exceptions? Parce que, dans ces cas divers, la loi estime qu'il est nécessaire d'étendre ou de resserrer la compétence du juge. Mais s'il est évident que cette extension de pouvoir et d'action peut être aussi utile, aussi nécessaire dans

tout autre cas, pourquoi ne pas l'accorder? Or la pratique démontre souvent cette utilité. Nous trouvons dans la nôtre deux exemples que nous demandons la permission de rapporter.

Une femme d'Auchy-la-Montagne est accusée d'avoir volé une vache à Beauvais. Arrêtée dans cette ville, elle nie et soutient qu'au temps où la vache a été volée elle était, elle prévenue, à Auchy, qu'elle n'a point quitté de la soirée. De Beauvais à Auchy il y a dix-huit kilomètres. Si le juge d'instruction peut déléguer directement le maire d'Auchy, quelques heures suffisent pour vérifier l'alibi et mettre cette femme en liberté, si elle dit vrai. Mais Auchy n'est point dans l'arrondissement. Il faut donc commettre le juge d'instruction de Clermont (Clermont est à vingt-six kilomètres de Beauvais et à trente-trois kilom. d'Auchy). Ce magistrat commet à son tour le juge de paix du canton, et celui-ci fait venir les témoins d'Auchy. Le temps matériel employé pour l'envoi et le retour de la commission rogatoire par la poste et pour l'audition des témoins a employé six jours juste. La prévenue disait vrai. Elle fut mise en liberté sept jours après son arrestation; elle aurait dû l'être le lendemain au plus tard, si l'on avait pu envoyer la délégation par exprès au maire d'Auchy. Nous nous demandons quel principe social ou juridique ces retards sont destinés à sauvegarder. Cet exemple se renouvelle fréquemment sur les limites d'arrondissement.

Voici le second : le nommé P....., de Noailles, avait volé une somme de 50,000 francs environ. L'importance du vol demandait une prompte instruction, et il était fort intéressant de retrouver les objets volés. Le juge de paix est délégué pour informer et faire des perquisitions. Pendant qu'il opère, il apprend que la femme P..... vient de disparaître et qu'elle s'est dirigée vers Mouy, où habite sa belle sœur, emportant, on le croit, les objets volés. Mouy est à huit kilomètres de Noailles. Si le juge de paix de Noailles peut commettre le juge de paix ou le maire de Mouy à l'effet d'opérer des perquisitions chez la sœur de la femme P....., on arrivera en temps utile. Il suffit d'envoyer un exprès. Mais la loi s'y oppose. Il faut d'abord que le juge de paix informe le juge d'instruction de Beauvais. Or la lettre arrive de nuit. Il faut que le lendemain ce magistrat commette son collègue de Clermont; il faut qu'à son tour celui-ci délègue le juge de paix de Mouy. Trois jours sont ainsi perdus en transport de dépêches. La femme P....., qui avait eu



cette fois le temps d'aller à Mouy, d'en revenir, d'y retourner, n'avait point sans doute laissé s'écouler un temps aussi précieux sans profit pour elle-même, partant sans préjudice pour l'information. On ne retrouva rien lors de la perquisition à Mouy. — N'est-il pas évident que si le juge de paix de Noailles eût pu commettre son collègue de Mouy, aucun principe d'équité n'eût reçu la moindre atteinte de ce pouvoir qu'exigeait, au contraire, impérieusement la bonne administration de la justice?

Nous avons lu quelque part que si un juge d'instruction avait le droit de déléguer directement un officier de police auxiliaire d'un autre arrondissement, il serait à craindre que la commission rogatoire donnée ne trouvât ce magistrat déjà occupé par délégation du juge de son arrondissement, que de là pourrait naître une concurrence fâcheuse pour l'instruction elle-même. L'objection nous paraît à peine sérieuse, et cet inconvénient se présentera trop rarement pour qu'il puisse être invoqué comme une raison absolue de décider. Qu'on le remarque d'ailleurs : nous ne faisons pas de cette délégation un devoir absolu; c'est une faculté que nous donnons au juge d'instruction, qui n'en usera, bien certainement, que lorsque l'urgence ou une évidente utilité justifieront l'emploi de cette mesure, lorsque aucune circonstance, de quelque nature qu'elle soit, ne lui interdira d'y recourir.

Nous nous sommes enfin demandé, en ce qui concerne les officiers de police auxiliaires moins familiarisés que les juges d'instruction avec le maniement des procédures, s'il n'était pas à craindre qu'ils ne se laissassent quelquefois entraîner à user sans grande nécessité du privilège d'envoyer au loin leurs délégations, s'il n'y avait pas là un danger pour l'unité de l'information, qui veut que l'examen des mesures à prendre soit, hors les cas d'urgence ou de nécessité, confié à la seule appréciation du juge d'instruction. On pouvait dire en effet que, du moment où l'exécution d'une commission rogatoire ne peut plus être instantanée et subir forcément des délais de distance, la raison d'urgence disparaît et avec elle tout motif de dérogation aux règles habituelles de la procédure. Cette objection pourtant ne nous touche point. D'une part, en effet, il serait téméraire d'affirmer qu'il ne se présentera jamais des cas où il doive y avoir soit urgence, soit utilité à autoriser cette délégation faite même au loin et directement par l'officier de police auxiliaire ;

d'autre part, on ne voit pas qu'il y ait d'abus possible, puisque, aux termes de notre troisième règle, ces magistrats ne pourraient user de leur droit qu'à charge de rendre compte. Nous maintenons donc notre règle tout entière.

## CINQUIÈME RÈGLE.

Entre le délégrant et le délégué la correspondance est directe.

Par un contraste singulier, la règle que nous exposons ici a pour elle tous les auteurs qui prétendent qu'elle est écrite dans notre loi criminelle. La pratique, au contraire, n'a point voulu s'y conformer, encore qu'elle soit une garantie certaine de l'accélération des procédures. <sup>1</sup> Des deux côtés on argumente de la lettre du Code. Nous inclinons à croire que c'est la science qui a raison et que, dans la pratique, les parquets ont cédé trop facilement au désir de surveiller la manière dont se fait l'instruction.

La suppression de l'intermédiaire des parquets me semble être d'une évidente utilité. Nous y ajoutons celle du juge d'instruction lui-même, lorsqu'un de ses auxiliaires sera délégué directement, proposition qui semble n'être que le corollaire du droit de délégation directe. En effet, la communication faite au parquet d'envoi par le juge qui délègue, la transmission faite par ce parquet à celui de la destination, la communication par ce dernier au juge d'instruction délégué, l'envoi fait par celui-ci à l'auxiliaire qu'il sous-délègue, puis le retour par cette longue filière, n'est-ce point là une cause de retards inutiles? Il est certain que le parcours de tous ces circuits demande un délai de six à huit jours en moyenne. Encore faut-il supposer, pour l'avoir aussi court, que l'envoi et le retour correspondent avec les heures précises de la poste, que les magistrats chargés de ces transmissions les font immédiatement et n'en sont point empêchés par des travaux exceptionnels ou par des absences motivées. Qu'on juge de ce que ce pourrait être si l'on joignait à ces causes, comme le fait M. Croissant, le reproche de négligence!

Or à quoi sert l'intervention du ministère public? à quoi ser-

<sup>1</sup> *Circulaire du ministre de la justice*, 6 janvier 1825. — Dalloz, *suprà*, n° 590. — *Journal du Palais*, n° 86. — Massabiau, n° 1884. — Hélie, t. V, p. 693.

virait celle du juge d'instruction dont l'auxiliaire aurait été délégué directement? A rien absolument. Le droit de surveillance en vertu duquel ils interviennent n'est point sérieusement exercé, et cela est fort heureux, car si chacun de ces magistrats prétendait étudier la commission, son renvoi serait encore bien plus longtemps ajourné.

Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'insister plus longtemps sur cette règle, qui n'est point une innovation, mais bien plutôt la consécration de celle que la science a déjà retrouvée dans nos lois, et que la pratique a méconnue sans nécessité.

M. Hélie ajoute (p. 693) que la correspondance doit encore être directe entre le déléguant et le *sous-délégué*. Nous ne pouvons aller aussi loin. Le magistrat qui reçoit une commission rogatoire et en sous-délègue l'exécution est responsable de cette exécution, parce qu'il est responsable de la détermination qu'il a prise de la confier à son auxiliaire. Si la commission revenait incomplète, c'est à lui qu'on en demanderait compte. Il a donc intérêt à vérifier comment elle a été exécutée, s'il n'y a point lieu d'y rien ajouter ou modifier, et pour cela il est nécessaire qu'elle repasse par ses mains. Ce motif nous a déterminé à restreindre notre cinquième règle dans les limites que nous avons tracées.

#### SIXIÈME RÈGLE.

Tout officier de police judiciaire doit tenir un registre à colonnes sur lequel il inscrit la nature de la commission qu'il reçoit, le lieu et le magistrat d'où elle vient, les dates de la réception, de l'exécution et du renvoi, et si la commission n'est point exécutée dans les cinq jours, le motif du retard. Il joint un extrait de ce registre à chaque commission rogatoire qu'il retourne.

Les règles que nous avons tracées plus haut dégagent l'action de la justice de toutes les entraves que la loi même lui opposait. C'est au zèle des magistrats à faire le reste. Mais ce zèle lui-même ne peut-il pas quelquefois faire défaut? Le discours de M. l'avocat général Croissant permet de le supposer. Il faut donc chercher un moyen facile d'entretenir et de forcer la vigilance des magistrats, en donnant à la surveillance de leurs chefs un moyen de contrôle toujours présent et certain. Or la règle que nous proposons donne à cette surveillance un moyen d'action parfaitement sûr<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> C'est surtout ici que nous devons recommander l'étude du livre de

Nous n'avons pas besoin d'insister sur chacun des points de détail pour le démontrer. Un mot seulement des extraits du registre que nous imposons.

En adressant au magistrat qui donne la commission rogatoire l'extrait de son registre relatif à cette commission, le délégué lui fournit le moyen de s'assurer que la commission a été exécutée aussi rapidement que possible. Si le magistrat croit avoir à se plaindre, il pourra le faire en en référant aux chefs directs du délégué. Aujourd'hui, au contraire, il ne le peut pas en réalité, puisqu'il n'a aucun moyen de rechercher les véritables causes du retard. La délivrance de ces extraits ne saurait être, d'ailleurs, une cause sérieuse d'embarras ou un surcroît regrettable de travail. Ce ne sont, en effet, que quelques mots à ajouter sur l'inventaire des pièces qui accompagne toujours le renvoi des commissions.

Nous avions aussi proposé que tous les mois, chaque officier de police judiciaire adressât au procureur général ou à son substitut un relevé certifié du registre des commissions. Mais on nous a fait observer avec raison que cette mesure présenterait de nombreux inconvénients. D'abord elle accroîtrait considérablement le nombre déjà considérable des envois périodiques ; elle serait, en outre, de peu d'utilité ; car la plupart de ces états, ceux des commissaires de police et des maires, seraient le plus souvent négatifs. Peut-être même pourrait-on ajouter qu'elle serait, à l'égard d'un certain nombre d'officiers de police judiciaire, d'une exécution fort difficile, sinon même impossible. Comment, par exemple, assurer son exécution de la part des maires, à qui la nature de leurs fonctions donne une indépen-

**M. Bonneville.** Quoiqu'au fond nous ayons été assez heureux pour nous rencontrer avec M. Bonneville sur presque tous les points, il y a cependant entre la proposition du savant magistrat et la nôtre une différence à signaler. Tous les deux, il est vrai, nous demandons qu'un délai de cinq jours soit imparti aux officiers de police judiciaire pour l'exécution des commissions rogatoires, mais M. Bonneville veut que ce délai soit écrit dans la loi, ainsi d'ailleurs qu'il est déjà fait en certains articles du Code d'instruction criminelle, et notamment dans les articles 217, 219, etc..... Nous, au contraire, nous demandons que ce délai ne fût imparti que par voie d'arrêté réglementaire. Le projet de M. Bonneville est meilleur ; et si nous avons conservé le texte de notre proposition, c'est parce qu'il serait peu séant de nous approprier et présenter comme nôtres les idées meilleures d'un autre auteur, puis aussi parce que notre proposition a chance d'être convertie en simple règlement plus facilement et plus rapidement qu'en loi.

dance souvent regrettable vis-à-vis du pouvoir judiciaire? Tous ces motifs nous déterminent à ne point insister pour l'adoption d'une mesure dont l'efficacité ne serait point incontestable.

Tel est l'ensemble des mesures que nous croyons les plus propres à favoriser la prompte exécution des commissions rogatoires, sans nuire aux intérêts légitimes soit des prévenus, soit de l'action publique.

Que s'il s'agissait de convertir en un texte de loi ces règles, que nous avons à dessein divisées pour en faciliter l'étude, une rédaction simple, claire et concise devrait évidemment remplacer l'appareil trop nombreux des formules que nous avons exposées plus haut. On pourrait, ce nous semble, résumer ainsi l'ensemble de nos propositions :

Tout officier de police judiciaire peut, directement et dans toute l'étendue du territoire français, donner et recevoir délégation ou sous-délégation pour tous actes d'instruction autres que la délivrance des mandats de dépôt ou d'arrêt.

Ceux de ces officiers que la loi qualifie d'auxiliaires ne le peuvent qu'en cas d'urgence et à charge de rendre compte.

Les officiers du ministère public ne le peuvent que dans les cas spécialement indiqués par la loi.

Quant à la sixième règle, sa rédaction ne peut guère subir de modification, si l'on en accepte les prescriptions. Nous observons seulement que cette règle est plutôt du domaine réglementaire que du domaine législatif, et qu'une décision ministérielle suffirait pour en assurer l'exécution.

AMB. VENTE.

Avril 1855.

## DES RAPPORTS LÉGAUX DE L'OR ET DE L'ARGENT,

ET DE L'INFLUENCE DE L'AUGMENTATION TOUJOURS CROISSANTE DES QUANTITÉS  
D'OR MONNAYÉ RELATIVEMENT A CELLES DE L'ARGENT.

Par M. DE SERRIGNY, professeur à la Faculté de droit de Dijon.

J'entends souvent faire à la *Revue de législation et de jurisprudence* le reproche de se renfermer presque exclusivement dans la seconde partie de son titre et de négliger beaucoup la *législation* pour la *jurisprudence*; on prétend qu'elle manque d'initiative sous le rapport des mesures législatives et qu'elle pêche par le défaut des idées réalisables. Sans m'associer à ces critiques, dont je pourrais prendre ma part si elles avaient quelque fondement, je me propose aujourd'hui d'examiner une question de législation et non de jurisprudence.

L'opportunité et l'importance majeure de cette question m'est suggérée par le fait suivant, signalé par M. Michel Chevalier dans le *Journal des Économistes* : « Au commencement de ce » siècle, la quantité d'or annuellement versée sur le marché » était de 24,000 kilogrammes; elle était de 72,000 kilogr. en » 1848; elle est aujourd'hui de 300,000 kilogr., c'est-à-dire » douze fois plus forte. Pendant les quatorze années du consulat » et du premier empire, on a frappé, en moyenne, pour 40 » millions de francs de monnaie d'or, soit 528 millions; pendant » les dix ans de règne de Louis XVIII, il en a été frappé 10 mil- » lions par an, soit 100 millions; sous Louis-Philippe, il en a » été frappé 12 millions par an, soit 215 millions. Eh bien! pen- » dant la seule année 1854, il en a été frappé pour 527 millions. » Est-il étonnant qu'avec de pareils accroissements la valeur de » l'or et de l'argent baisse et que les prix des choses haussent ? »

Un pareil phénomène, qui se passe sous nos yeux, est fait pour donner à penser aux hommes les moins sérieux et les moins préoccupés d'idées de législation et d'économie politique. Le gouvernement et tous les particuliers sont intéressés dans la recherche des conséquences qui en peuvent résulter tant sur la fortune publique que sur les fortunes privées. Mon but n'est pas de rechercher et d'examiner toutes ces conséquences dans l'or-

<sup>1</sup> V. *Journal des Économistes*, numéro de mars 1855, p. 464.

dre économique et législatif; le sujet serait trop vaste pour un article de revue; mon intention est de me restreindre et de me borner à un coin seulement de la matière, à celui qui est indiqué par la position de la question mise en tête de cet article, savoir, l'influence de l'accroissement de l'or sur l'argent dans les rapports légaux et économiques des deux métaux monnayés. Plusieurs personnes se sont effrayées, dans l'intérêt de l'État et de la fortune publique, de cet accroissement de l'or, et ont demandé qu'il fût démonétisé par une mesure législative, en laissant subsister l'argent pour type monétaire exclusif. Je me propose de faire voir que ces craintes sont chimériques, et que le remède proposé, loin d'être utile, serait extrêmement préjudiciable à l'État et à la masse du public. Loin de s'affliger de la croissance continuelle de l'or, il faut s'en réjouir comme de l'arrivée d'un bien précieux; et, s'il y avait lieu plus tard de supprimer l'un des types monétaires, il faudrait conserver l'or et non l'argent, autrement que pour l'appoint dans les paiements.

On sait que la loi du 7 germinal an XI, qui est la base de la législation en vigueur sur ce sujet, a établi deux types de monnaie légale, bien qu'en réalité il n'y ait qu'un seul de ces métaux qui serve à déterminer l'*unité monétaire*, pour employer les termes mêmes de la loi. Cette unité monétaire, désignée sous le nom *franc*, se compose de 5 grammes d'argent, au titre de neuf dixièmes de fin et d'un dixième d'alliage. La même loi établit le rapport légal de l'or avec l'argent, en fixant le poids et le titre de chaque espèce de ces deux métaux.

Bien qu'il n'y ait, en France, qu'une seule *unité monétaire réelle* qui remplace l'unité idéale, il n'est pas moins vrai que nous avons deux types monétaires légaux, l'or et l'argent, en ce sens qu'un débiteur peut forcer son créancier à recevoir son paiement total, soit en monnaie d'or, soit en monnaie d'argent, au choix du débiteur; et le créancier n'est pas libre de refuser l'un des deux métaux sans tomber sous l'application de l'article 475, n° 11, du Code pénal. Il n'en est pas de même de la monnaie de cuivre ou de billon; aux termes de l'article 2 du décret du 18 avril 1810, « la monnaie de cuivre ou de billon de fabrication française ne peut être employée dans les paiements, » si ce n'est de gré à gré, que pour l'appoint de la pièce de 5 » francs. » De même, lorsque les économistes et les publicistes discutent la question de savoir s'il convient ou non de choisir

un type unique et exclusif, cela ne doit s'entendre, à mon avis, que dans ce sens seulement que l'on recherche s'il convient ou non de restreindre le droit de tout débiteur à se libérer, nonobstant la volonté de son créancier, en une seule espèce de monnaie. Si l'on choisissait l'or par exemple, l'argent devrait être réduit à jouer le rôle d'un appoint dans la mesure qui serait fixée par la loi, d'une manière analogue à ce qui se passe aujourd'hui pour le cuivre ou le billon.

L'idée d'un type monétaire exclusif s'est présentée à l'esprit des auteurs de la loi du 7 germinal an XI. M. Daru a prononcé devant le Tribunat, le 3 germinal an XI, un discours très-étendu et très-remarquable, dans lequel il passe en revue toutes les questions que faisait naître le projet de loi; il examine en particulier « *la valeur respective des métaux,* » et s'explique « *sur le projet de démonétiser l'or;* » et il dit notamment, après avoir parlé des variations anciennes de l'or et de l'argent et des inconvénients qui en résultaient : « *Mais on s'est flatté de réduire l'échelle de ces variations, en subordonnant la valeur de toutes ces monnaies à un seul métal régulateur, et on a choisi l'argent pour cette fonction.— Cette première idée adoptée, on a dit que, puisque les monnaies influaient nécessairement les unes sur les autres, on détruirait l'effet de cette influence en la réduisant à une seule monnaie, et on a proposé de ne plus considérer l'or que comme une marchandise<sup>1</sup>.* »

On voit par là que la question de savoir s'il fallait conserver une seule monnaie s'est présentée lors de la discussion de la loi de l'an XI. Il est bien évident qu'à cette époque on ne pouvait pas penser à démonétiser l'argent et le réduire à jouer le rôle d'appoint, parce que l'or en circulation était en trop petite quantité pour servir aux usages habituels de la monnaie, et dès lors l'idée de démonétisation ne pouvait se comprendre et s'agiter qu'au sujet de l'or, qui était en petite quantité relativement à l'argent.

Voici le résumé du discours de M. Daru : « *L'unité monétaire doit être une monnaie réelle qui remplace l'unité idéale. Cette unité doit être représentée par le métal dont la valeur est le moins inconstante, la masse plus considérable, l'usage le plus étendu, c'est-à-dire par l'argent.— Mais il ne s'ensuit pas que*

<sup>1</sup> V. *Moniteur* de l'an XI, p. 832 et 842.



» les autres métaux doivent être exclus des fonctions monétaires. En réduisant l'or à n'être plus qu'une marchandise, on diminuerait la masse du numéraire, on gênerait le commerce, on augmenterait les causes des variations qu'éprouve la valeur des métaux, et on introduirait le désordre dans l'administration<sup>1</sup>. »

Ces mesures pouvaient être bonnes à l'époque à laquelle elles ont été prises, si ce n'est qu'en fait la valeur relative de l'or a été évaluée un peu trop bas par rapport à celle de l'argent : car il s'est produit, jusqu'à ces derniers temps qui ont vu la découverte des mines de la Californie et de l'Australie, un phénomène singulier : c'est que l'or français obtenait une prime sur la valeur légale corrélative de l'argent, de sorte que nos pièces d'or étaient en grande partie exportées ou fondues pour être converties en boîtes de montres par les fabricants de Genève, ou employées par les orfèvres à des ouvrages d'orfèvrerie. J'ai entendu dire à des personnes éclairées que la valeur excessive de l'or sur l'argent, d'après la loi du 7 germinal an XI, était due à l'influence des banquiers, influence exercée à l'insu du gouvernement par la haute banque, afin de diminuer la masse de l'or monnayé, qui, étant plus facilement transportable que l'argent, tendait à diminuer les profits des banquiers sur les transports d'espèces ou valeurs. J'ignore à quel point cette explication est exacte.

Quoi qu'il en soit, les découvertes des mines d'or de la Californie et de l'Australie ont changé toutes les prévisions de nos législateurs, ainsi que les rapports légaux de l'or et de l'argent : de là les alarmes excitées dans le public et qui se sont fait jour dans les journaux les mieux accrédités et dans les revues mensuelles. A en croire ces alarmistes, il fallait se hâter au plus vite de démonétiser l'or et de suivre l'exemple donné, il y a quelques années, par la Hollande ; autrement l'État perdrait bientôt des centaines de millions représentées par la diminution subie par l'or dans ses rapports légaux avec l'argent ; au lieu de valoir quinze fois et demi son poids en argent, l'or ne représenterait bientôt plus que dix fois cette valeur, et peut-être moins encore ; et partant de là, cette dépréciation serait subie par l'État qui, ayant émis les pièces d'or pour une valeur équiva-

<sup>1</sup> V. *Moniteur* de l'an XI, p. 844, col. 2.

lente à celle affectée à l'argent d'un titre et d'un poids donné, serait obligé de reprendre, dans les caisses publiques, tout l'or en circulation, pour sa valeur légale, quand même elle serait dépréciée.

Ces alarmes n'ont aucune espèce de fondement au point de vue légal et économique. Bien loin de là : l'État a beaucoup à gagner à la dépréciation de l'or, qui, du reste, est un fait constant. Il se produit en ce moment un phénomène qui peut paraître singulier, en ce sens que nous n'y étions pas accoutumés, mais qui n'est que l'effet d'une loi générale invariable et fondée sur la nature même des choses : c'est que l'argent devient relativement plus rare que l'or, et que l'or circule avec plus de rapidité et d'extension que l'argent. Ce phénomène s'explique par cette idée bien simple : c'est que la quantité relative de l'or a beaucoup augmenté sur celle de l'argent, ce qui change les rapports de fait, bien que le rapport légal ne soit pas changé. Partant de là, l'argent doit gagner sur l'or ; c'est ce qui arrive, et, par une conséquence ultérieure, l'argent doit se retirer peu à peu de la circulation et l'or doit circuler davantage ; c'est également ce qui se vérifie. La cause de cela, c'est que toutes les fois que deux monnaies en circulation sont en concurrence, si l'une perd dans ses rapports avec l'autre, elle circule rapidement de mains en mains, qu'elle soit de papier, comme les assignats, ou qu'elle soit d'argent ou d'or ; cette circonstance est indifférente. Les changeurs et les banquiers sont à l'affût de la monnaie qui gagne sur l'autre ; ils l'accaparent, l'exportent et la raréfient, quelquefois même ils la font disparaître entièrement, si la différence devient considérable, comme cela s'est vu sous le régime des assignats.

Qui est exposé à perdre par cette dépréciation actuelle de l'or sur l'argent ? Il est facile de répondre à cette question en une seule phrase : — Tous ceux qui sont ou qui deviendront créanciers. — Qui est exposé à gagner ? — Tous ceux qui sont débiteurs. Or l'État doit figurer au premier rang des débiteurs, puisque les arrérages de la dette constituée et les dotations des pouvoirs législatifs s'élèvent, en nombre rond, à 370 millions par an, ce qui, à 4 pour cent, représenterait un capital de 9 milliards 250 millions, non compris la dette flottante, qui est d'environ 700 millions.

Comment est-il vrai que les débiteurs soient exposés à ga-

gner et les créanciers exposés à perdre par la dépréciation de l'or? Par la raison bien simple que le choix dans le métal servant à acquitter une obligation alternative appartient au débiteur, et non au créancier (Cod. Nap., art. 1190), et que le débiteur est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation (art. 1489 *ibid.*). Or, dans l'état actuel de notre législation, qui a établi deux types monétaires, il est évident que tout débiteur pouvant offrir à son créancier de l'or ou de l'argent pour se libérer, et le créancier ne pouvant pas le refuser, est en réalité dans la position d'un débiteur de deux choses sous une obligation alternative, dont le choix lui appartient, et, par conséquent, que la dépréciation subie par l'une des matières au choix du débiteur doit toujours tomber sur le créancier. C'est par ce motif que les assignats ont péri aux mains des créanciers obligés de les recevoir, et qui, ne devant rien à personne, n'ont pu s'en débarrasser au moment de leur démonétisation.

On peut objecter que la démonétisation des assignats a constitué l'État dans la position d'un débiteur en déconfiture, qui a manqué à ses engagements. Cela est très-vrai, parce qu'il avait pris l'engagement de payer la valeur de ces monnaies de papier, et qu'il n'a pas tenu sa promesse. Rien de pareil ne pourrait être objecté ici au sujet de la dépréciation de l'or ou de l'argent; les pièces de monnaie, à la différence des assignats, billets de banque, lettres de change ou autres valeurs en papier, portent toujours leur valeur ou leur provision avec elles, et jamais le débiteur n'est en faute pour s'être libéré en remettant à son créancier ces pièces de monnaie légale, puisqu'il n'a jamais promis autre chose.

Notre législation commune va même bien plus loin et contient en faveur du débiteur des dispositions bien autrement avantageuses. Suivant l'article 1895 du Code Napoléon, « l'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique portée au contrat. »

« *S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.* »

*Le débiteur ne doit rendre que la somme numérique prêtée . . . . . dans les espèces ayant cours au moment du paiement.*

En supposant la démonétisation de l'argent prononcée dans l'avenir, le débiteur se conformerait parfaitement à cet article en offrant de l'or en payement à son créancier. En quoi le créancier pourrait-il se plaindre, puisque l'or était l'une des monnaies légales au temps du contrat et à l'époque du payement? Le texte de la loi citée va infiniment plus loin que cette hypothèse, puisqu'il suppose une *augmentation* ou une *diminution* provenant d'une cause quelconque, même purement volontaire, et émanée de l'omnipotence législative, et il veut que le débiteur supporte toutes les conséquences des changements survenus dans la monnaie légale,

Il y a plus : ce texte a été fait évidemment dans la prévision de ces changements volontaires dans les monnaies ; c'est une réminiscence des effets ruineux que produisaient les fréquentes altérations de monnaies faites par les rois de France sous l'ancienne monarchie. Comme les rois se proposaient d'améliorer leur position de débiteurs par ces sortes d'altérations, ils avaient voulu que tous les débiteurs particuliers obtinssent la même faveur à l'encontre de leurs créanciers, afin de n'avoir pas l'air de se placer dans une condition privilégiée. Je n'ignore pas que la disposition de l'article 1895 de notre Code a été critiquée, et je ne me charge pas de la justifier au point de vue de l'équité, du droit naturel et de l'économie politique ; je la prends telle qu'elle est, et je dis que tous ceux qui ont contracté sous son empire ne seraient pas recevables à se plaindre, si l'État venait à démonétiser l'argent en consacrant l'or pour type unique monétaire. Cette démonétisation n'aurait donc rien que de parfaitement légal, et personne ne pourrait arguer d'injustice et d'illégalité.

Cette mesure est-elle urgente ou nécessaire? En aucune façon. Le retrait de l'argent et la plus grande circulation de l'or s'opèrent sans bruit par les changeurs, les banquiers et même les simples particuliers, qui s'empressent de faire circuler l'or avec la même activité qu'ils s'appliquaient autrefois à le mettre en réserve ou à le vendre. A mesure que la quantité de l'or augmentera, celle de l'argent diminuera, jusqu'à ce que le besoin d'avoir de la monnaie d'argent pour les appoints de payement fasse conserver cette monnaie pour cet usage.

Ce résultat est très-avantageux au public, par la raison que l'or est une monnaie d'un transport facile, tandis que l'argent

est une monnaie encombrante et d'un transport difficile. Il faut un homme de peine pour porter une somme de 1,000 fr., et il ne suffit pas à transporter quelques milliers de francs, tandis que l'or et les monnaies de papier, ou, pour mieux dire, les papiers fiduciaires, se transportent avec la plus grande facilité. Proposer de démonétiser l'or et de laisser l'argent seul pour type monétaire, c'est tout simplement proposer un retour à la barbarie; dans un demi-siècle d'ici, on ne comprendra pas qu'il ait pu se rencontrer, de nos jours, des esprits un peu éclairés ayant proposé une mesure aussi rétrograde. On n'oserait pas, dès aujourd'hui, émettre une pareille idée en Angleterre, où l'économie politique est plus avancée qu'en France.

Supposons que, de fait et sans mesure législative, par suite de l'exploitation des mines d'or récemment découvertes, l'or se soit presque entièrement substitué à l'argent, qui aura été fondu ou exporté, quel sera le résultat économique de ce phénomène? Le signe monétaire se sera avili, notamment de toute la différence gagnée par l'argent sur l'or; tous les créanciers de l'État ou d'autres débiteurs qui recevront des arrérages ou intérêts de dettes anciennes éprouveront une perte égale à cette dépréciation; tous les biens-fonds, toutes les denrées de première nécessité ou qui ne se multiplient pas à volonté augmenteront de valeur, au moins en apparence; il arrivera quelque chose d'analogue à ce qui s'est vu après la découverte de l'Amérique et l'apparition en Europe de l'or du Pérou et de l'argent du Mexique : les débiteurs ont gagné et les créanciers ont perdu. Mais la masse gagnera plus qu'elle ne perdra, parce que l'intérêt de l'argent s'abaissera et que le bas prix du loyer de l'argent, cet outil ou instrument de tous les métiers et professions, importe grandement au public en général. Ajoutez que nous aurons plus d'objets d'orfèvrerie en or, ce qui, joint à une monnaie plus commode, augmentera les agréments et les avantages de la vie sociale.

Ces résultats futurs, qui se font déjà sentir, étant faciles à prévoir, la prudence commande à chacun d'y conformer sa conduite et ses prévisions. Voici notamment une conséquence pratique à tirer de là, c'est que les capitalistes ne doivent pas placer leurs fonds à intérêts pour un temps long, à moins qu'ils ne trouvent une augmentation probable dans le capital, comme cela se rencontrera très-probablement dans les placements en

rentes à 3 pour cent sur l'État. Ceux-là font un bon calcul, parce qu'ils peuvent gagner sur le capital tout ce qu'ils peuvent perdre sur la dépréciation de l'argent. En effet, l'État ne peut leur offrir le remboursement du capital, tant que le 3 pour cent n'atteindra pas 100 francs, ce qui est son pair nominal. Au contraire, ceux qui prennent du 4 1/2 pour cent font un très-mauvais calcul et se placent dans une situation déplorable. Aussitôt que la paix sera rétablie, le 4 1/2 pour cent s'élèvera rapidement et dépassera son pair; alors le gouvernement renouvellera probablement (après l'expiration des dix ans de non-remboursement stipulés dans le décret du 14 mars 1852) l'excellente et très-juste mesure prise par ce décret, c'est-à-dire qu'il opérera une seconde réduction d'un demi pour cent sur le 4 1/2, qui ne deviendra alors, dans l'avenir, que du 4 pour cent. Cette réduction fera hausser le 3 pour cent qui, à son tour, tendra à élever le 4 pour cent; une troisième et une quatrième réduction surviendront, et le 4 1/2 pour cent sur l'État d'aujourd'hui ne vaudra bientôt plus que 3 pour cent, de telle sorte que le 3 pour cent et le 4 1/2 pour cent se nivelleront. Ce résultat arriverait avant trente ans, si nous avions une paix assurée pendant cet espace de temps. Il a fallu moins de temps en Angleterre pour que le 5 pour cent anglais devint du 3 pour cent, et il n'y avait pas alors, en Angleterre, ces merveilleux instruments qui attirent si prodigieusement la création de la richesse mobilière : je veux dire les chemins de fer. La réduction des intérêts par la conversion est presque le seul moyen qu'aient les États de diminuer leurs dettes. Dans les temps de crise, ils empruntent et subissent les conditions, souvent rigoureuses, de leurs prêteurs; dans les temps de prospérité, ils profitent de la baisse des intérêts, et prennent leur revanche vis-à-vis de leurs créanciers, en offrant à ceux-ci des remboursements qu'ils savent bien ne devoir pas être acceptés, pour les contraindre à réduire leurs intérêts.

On peut juger maintenant du mérite de l'opinion de ceux qui conseillent au gouvernement de démonétiser l'or et de déclarer marchandise, en ne conservant pour type unique que l'argent. C'est comme si l'on disait à un débiteur : Vous devez deux choses sous une obligation alternative à votre choix; l'une des choses vaut 9 milliards, l'autre vaut 10 milliards; déclarez que vous optez pour la chose qui vaut 10 milliards, et offrez-la à vos créanciers, en renonçant au droit que vous aviez de vous

libérer en offrant les 9 milliards. Que dirait-on d'un financier qui administrerait de la sorte ses affaires particulières? Comment est-il possible de venir proposer sérieusement à un gouvernement un mode de paiement qui ne pourrait être offert à aucun débiteur, et qui serait repoussé par tout homme sensé?

En résumé je conclus : 1° que l'État et tous les débiteurs ne doivent, en aucune façon, s'inquiéter de la grande abondance de l'or et de sa dépréciation par rapport à l'argent; 2° que le nivellement s'opérera, en fait et sans secousse, entre les deux métaux; 3° qu'il sera possible, dans l'avenir, de n'avoir en France qu'un type unique monétaire, et que ce type devra être l'or, et non l'argent; 4° que personne ne sera fondé à se plaindre de la démonétisation de l'argent (autrement que pour les appoints), si cette mesure est adoptée dans un avenir plus ou moins éloigné; 5° que le temps amène une dépréciation rapide et considérable dans les signes monétaires, qui tombera sur les créanciers et particulièrement sur les rentiers, à moins qu'ils ne s'abritent derrière l'accroissement de capital, comme dans les rentes 3 pour cent sur l'État.

SERRIGNY.

Dijon, 31 mars 1855.

---

NOTA. Nous donnons sous toutes réserves l'article qui suit, l'un des directeurs de la Revue se proposant de reprendre le sujet et d'examiner s'il y a quelque chose à faire législativement dans cet ordre d'idées.

## DE LA CORRECTIONNALISATION DES CRIMES <sup>1</sup>.

### DEUXIÈME ARTICLE.

Réponse à QUELQUES RÉFLEXIONS de M. BOLLAND, professeur à la Faculté de droit de Grenoble, insérées dans la *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, tome VI, numéro de janvier 1855, pages 69 à 74.

Par M. Gustave ROUSSET, ancien substitut à Barcelonnette (Basses-Alpes).

Nous avons publié, dans le tome V de cette revue (pag. 352 à 387), une étude sur la législation criminelle, intitulée *De la Correctionnalisation des crimes ou de la nécessité et des moyens de soumettre à la juridiction correctionnelle certaines infractions*

<sup>1</sup> Notre travail était terminé lorsque nous avons reçu l'ouvrage si remar-

*légalement réputées crimes* <sup>1</sup>. Cet article, qui nous avait été inspiré par le désir de voir mettre un terme au nombre toujours croissant des acquittements regrettables devant le jury, qui formulait dans une proposition précise les moyens pratiques de réaliser à cet égard une importante amélioration, a été, au mois de mars dernier, l'objet de *quelques réflexions critiques* de la part de M. Bolland, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

D'ordinaire, lorsque l'on conteste le mérite d'une réforme, quelle qu'elle soit, on en discute tout au moins le but, les moyens et la nécessité. Ici rien de pareil. L'article critique condamne notre proposition d'autorité, *ex cathedra*, comme *impossible et inacceptable; elle trouble l'harmonie des Codes, renverse le système de la loi, et présente des inconvénients dont nous n'avons pas assez calculé la portée.* — Cette décision, qui nous a quelque peu surpris, n'est pas heureusement sans appel,

quable que M. Bonneville, conseiller à la Cour impériale de Paris, vient de publier à la librairie de M. Cotillon, sous le titre : *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante.* — Le nom de M. Bonneville est depuis longtemps attaché à toutes les réformes utiles et possibles de la législation pénale; notre sujet ne pouvait donc échapper à sa pénétration. — « Le talent particulier de M. Bonneville, a dit le savant criminaliste d'Heidelberg, M. Mittermaier, est de contribuer aux triomphes des progrès de l'humanité sans compromettre les exigences de l'ordre public. » En effet, s'éloignant autant de l'utopie que de la réaction, l'honorable magistrat a su concilier le respect de nos institutions avec le besoin de les améliorer suivant les nécessités de l'époque. — A ce point de vue la correctionnalisation des crimes, sous le nom de *décriminalisation*, a fixé son attention; et dans cet ouvrage, trop court pour les améliorations qu'il propose, il en a indiqué les principaux avantages avec une clarté et une logique éblouissantes. — Heureux de me rencontrer avec le savant magistrat sur ce terrain d'utilité publique, et de trouver dans son livre la plupart des considérations développées dans notre premier article, j'ai d'autant plus regretté le retard de sa publication que j'aurais pu me recommander de ses appréciations et de ses recherches pour répondre à M. Bolland. — Devant un pareil adversaire, avec un pareil allié, ma confiance eût été plus grande : je ne saurais résister toutefois au besoin de m'appuyer par des citations (à la note) sur l'opinion du savant auteur du *Casier judiciaire*, et de faire remarquer la conformité de notre argumentation avec sa manière de voir et de penser. — Sur nouveaux renseignements, nous nous empressons de reconnaître que l'initiative dans l'amélioration qui nous occupe doit entièrement revenir à M. Bonneville : le chapitre relatif à la *décriminalisation*, dont nous n'avons eu connaissance que par la publication de son dernier ouvrage en 1855, avait été publié séparément et donné dans le numéro du 28 décembre 1853 de la *Gazette des tribunaux*.

<sup>1</sup> V. tome V, 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> livraison des mois de septembre et octobre 1854.



et nous en appelons, non pas que le savant professeur soit incompetent, mais parce qu'il y a mal jugé dans la sentence, mal jugé pour défaut de motifs. — Argumentant de l'exception contre le principe, notre honorable contradicteur présente, en effet, un inconvénient de détail comme une objection contre l'ensemble, et s'arrêtant à la surface des choses, n'établit pas même, que les embarras théoriques qu'il imagine ou suppose balanceront les bienfaits pratiques de la mesure proposée.

Avec une liberté qui n'exclura certainement point le respect qui est dû à nos maîtres dans la carrière des lois, nous allons nous permettre de revenir, par quelques éclaircissements, sur les points que nous n'avions pu qu'effleurer au cours d'une démonstration rapide, et aborder par de nouveaux développements des objections *déjà prévues* et en partie résolues dans notre première étude.

Un résumé succinct des idées précédemment exposées me paraît donc le préambule naturel et obligé pour bien préciser l'état de la question. — De la position d'un problème dépend souvent sa solution.

§ 1. — Principes de la correctionnalisation. — Elle est suivant l'esprit de notre législation criminelle. — Définition.

*La correctionnalisation des crimes*<sup>1</sup>, que M. Bonneville appelle *décriminalisation*, est la conséquence utile d'un principe de droit et d'un principe de législation. Il ne suffit pas, en effet, pour être bonne, que la justice soit prompte, il la faut *certaine*; il ne suffit pas que les peines soient justes, il les faut *inévitables*<sup>2</sup>.... Cette certitude n'existe pas au grand criminel.

Si la nature de la peine détermine la compétence de la juri-

<sup>1</sup> Ce mot est long, nouveau peut-être, mais, quoi qu'on en dise, n'est pas hasardé. — Nous avons demandé grâce pour ce néologisme dans l'article critiqué. — Moins indulgent que d'autres, M. Bolland ne l'approuve pas; et nous disions cependant (p. 352) que ce mot exprimait mieux notre pensée qu'une périphrase embarrassante, et qu'il pouvait s'accepter d'autant plus facilement que le verbe *correctionnaliser* est français, ou tout au moins consacré par l'usage. — V. Bescherelle, *Dictionnaire*, 1853.

<sup>2</sup> Il faut que la loi pénale réprime le crime de telle sorte que le coupable perde le désir, l'audace ou les moyens de récidiver (Bentham, *Traité des peines et des récompenses*). — L'efficacité de la peine, disait Target, se mesure moins sur sa rigueur que sur la crainte qu'elle inspire, et cette crainte est proportionnée à la certitude de la peine plus qu'à sa sévérité. — Sic. Beccaria, Montesquieu, Filangieri, Feuerbach et tous les criminalistes.

diction qui doit l'appliquer, n'est-il pas logique avec cette règle inscrite au seuil de notre droit criminel que les circonstances du fait et les dispositions législatives *qui modifient LA NATURE de la peine applicable* puissent compter dans le règlement de la compétence<sup>1</sup> ?

Ces principes sont incontestés, leurs corollaires sont incontestables. On ne doit donc pas sans raison en repousser les conséquences, lorsqu'elles doivent conduire à rendre les peines *inévitables* en admettant l'application provisoire des articles 463, 326, 68, 67 (excuses et circonstances atténuantes)

<sup>1</sup> « Les circonstances atténuantes, dit M. Bonneville, opérant par l'abaissement des peines l'abaissement inévitable de la juridiction criminelle, sont un élément nouveau qui logiquement et forcément doit désormais entrer dans le règlement de la compétence. » (P. 377.) — *La nature de la peine applicable détermine la compétence par la nature de l'infraction*; la qualification de l'infraction devrait donc varier suivant les modifications apportées dans *la nature des peines* par l'adjonction des circonstances atténuantes. — La jurisprudence et quelques auteurs ne l'ont point admis. — Le crime est toujours crime, malgré le caractère correctionnel de la peine modifiée, parce que, disent-ils, les excuses et les circonstances atténuantes qui changent la nature de la peine, modifient le caractère criminel de l'acte sans détruire sa criminalité. — Je ne comprends pas cette subtilité en présence de la définition de la loi. — *Le crime est l'infraction punie d'une peine afflictive et infamante*; elle serait un *délit* si elle était punie de *peines correctionnelles* (art. 1 C. pén.). Or elle est punie de *peines correctionnelles* par les articles 326, 463, 68; donc elle est un *délit*. — M. Bolland, sans discuter les raisons que nous avons longuement exposées à l'appui de cette argumentation (note 1, p. 368, premier article), conclut autrement que nous, et persiste à voir un crime dans l'infraction ainsi modifiée. — M. Bonneville est plus logique : « Qu'importe que les circonstances atténuantes, qui changent ainsi la qualification du fait, soient admises *à priori* par la loi ou bien *à posteriori* par le jury? Toujours est-il que le fait n'étant réputé passible que d'une peine correctionnelle, on ne peut lui conserver le nom et le caractère de crime. Cela est d'une clarté à éblouir! — Or s'il est vrai que ces circonstances modifient la criminalité, il est souverainement logique que la Cour tienne compte, comme le jury, de cette modification de criminalité qui fait dégénérer le crime en simple délit. — Enfin veut-on la preuve que le législateur, conséquent à ces vrais principes de la matière, ne considère plus que comme simple délit le crime puni de peines correctionnelles? C'est qu'il a modifié en ce sens, en 1832, les articles 56 et 57 du Code pénal, et qu'il n'inflige désormais, en cas de récidive, au condamné *pour crime* non puni de peines criminelles, que l'aggravation infligé aux condamnés pour délit à plus d'une année d'emprisonnement. Pouvait-il d'une façon plus péremptoire constater la complète assimilation qu'il a entendu faire entre les délits et les crimes punis correctionnellement? » — V. notre premier article, note de la page 368.

dans la décision des chambres du conseil. — Serait-ce à cause des dangers ou de l'impossibilité de la pratique, de l'inopportunité de la mesure, ou du parti pris de la théorie, que l'on contesterait les bienfaits et la nécessité de cette amélioration? — C'est ce que nous allons examiner.

Et d'abord, qu'est-ce que *la correctionnalisation*? C'est (ainsi qu'il a été dit) l'application *provisoire et motivée* des dispositions législatives qui peuvent *modifier la nature* des peines (excuses et circonstances atténuantes) *au règlement de la compétence par les chambres du conseil*. — *Correctionnaliser*, c'est livrer aux tribunaux correctionnels certaines infractions légalement réputées *crimes* qui, à raison des excuses et même des circonstances atténuantes, devront, en définitive, n'être soumises qu'à des peines correctionnelles et se transformer en simples *délits*.

§ 2. — La correctionnalisation est nécessaire. — Acquittements immérités. — Insuffisance du jury.

Cette nouvelle faculté qui serait ainsi accordée aux juges de la compétence de soustraire aux cours d'assises les lésions de droit qui pourraient perdre leur caractère criminel est le complément nécessaire de leurs attributions pour arrêter les effrayants progrès de la *criminalité*<sup>1</sup>, nécessaire, nous croyons l'avoir surabondamment établi. — Faut-il interroger encore les comptes rendus de la justice criminelle? M. Bolland n'est pas convaincu.

Les acquittements nombreux, *déplorables*, ajoute le rapporteur du compte rendu pour 1850, ont démontré l'insuffisance du jury. — L'augmentation des récidives en a révélé les dangers, et la statistique parlant plus haut que tous les arguments, est venue enregistrer ce désastreux résultat que, sur sept mille accusés, deux mille condamnations justifiaient à peine les poursuites criminelles entre deux mille cinq cents acquittés et deux mille cinq cents accusés frappés de peines correctionnelles...

<sup>1</sup> « La criminalité, dit en effet M. le garde des sceaux Abbattucci, a fait depuis vingt-cinq ans d'effrayants progrès (1850, rapp., p. 1); elle a plus que doublé. — Les crimes contre les personnes se sont accrus de 31 pour 100; les plus graves ont augmenté de 33, 55, 100, 175 et 200 pour 100. Les récidives sont augmentées dans la proportion extraordinaire de 50 pour 100. » (*Statist. crim.*; rapp., 1850, p. 78 et suiv.)

Après des instructions nombreuses auxquelles les débats ajoutent rarement, deux décisions des chambres du conseil et d'accusation ont reconnu des charges suffisantes, des indices graves, des preuves de crime contre sept mille inculpés, et le jury, en son honneur et conscience, n'a trouvé que deux mille coupables. De quel côté est l'erreur ou l'injustice? L'accusé a avoué son crime, et il est acquitté. — Cherchez au fond de cet honneur et de cette conscience les mystérieuses raisons de cet acquittement. L'accusé était coupable, il est vrai, mais il a subi six mois de prison préventive; — il était coupable, mais il est le seul soutien d'une famille honnête, que sa condamnation réduirait à la misère ou au désespoir; — il était coupable, mais il a succombé à un moment de faiblesse : il est jeune, ignorant la vie, il ne savait ce qu'il faisait; — il était coupable, mais ce faux en écritures publiques n'a lésé que le trésor, ce concussionnaire n'est qu'un imprévoyant, ce vol est de peu d'importance; — il était coupable, mais il a avoué, et puis la chose n'en vaut pas, comme on dit, la peine. — Nous acquittons. — Et, en votre honneur et conscience, vous érigez ainsi le mensonge en verdict, — vous désarmez la société que vous étiez chargés de défendre. — Vous semez l'impunité, vous recueillerez des crimes, votre indulgence imméritée enfantera des récidives!

Et voilà les raisons ou les prétextes que, dans le jury, recherchent les âmes sensibles pour justifier l'arbitraire des acquittements immérités. — Et voilà les causes de ces regrettables dénis de justice, — condamnation des magistrats, que l'on accusera de passion ou de légèreté pour avoir poursuivi un criminel dont une omnipotence trop facile vient de faire un intéressant martyr des erreurs de la justice. — Oui, l'erreur est d'un côté de la balance, mais dans celle du jury la sécurité sociale l'emporte rarement sur les larmes de l'accusé. — N'insistons pas davantage. Le mal est grand, il est reconnu, et nul n'en ignore la cause.

Le mal est grand, il est dans le jury, et M. Bolland le sait comme tout le monde. — Aussi reconnaît-il avec nous l'insuffisance des jurés en l'opposant à l'aptitude toute spéciale des juges réguliers en matière de répression et de vindicte publique. — Son autorité est un argument. — Je la cite : « Je ne suis pas de » ceux, dit-il, qui ont un engouement exclusif pour le jury, » qui pensent que, hors le jury, point de salut; je sais qu'une

» réunion imposante de magistrats qui offrent leur vie tout entière, leurs fonctions de tous les jours à la critique de leurs concitoyens, présentent peut-être plus de garanties réelles à l'accusé et à la société que ces hommes qui ne paraissent qu'un moment pour aller immédiatement après se perdre dans la foule, et qu'en définitive, à tout prendre, les garanties à désirer en matière pénale sont moins dans le jury que dans la liberté entière de la défense et la publicité du débat, conquêtes précieuses désormais assurées à la France.

» Je ne suis pas même touché de cette idée que l'on a quelquefois émise : qu'il pourrait être à craindre que l'homme trop souvent appelé à juger en matière pénale s'endurcit en quelque sorte et ne s'habituaît trop à voir un coupable dans l'accusé; je crois qu'en France nos magistrats ne s'accoutument pas à être durs, mais à être justes. » — Ce sont là de belles pensées dans de belles paroles. Le savant professeur aura-t-il le courage de ses propres prémisses? ne reculera-t-il pas devant la logique de ces considérations? Les idées reçues, la peur de l'innovation élèvent ici le sophisme de ce qui est contre ce qui devrait être, que Bentham appelle sophisme *ad innovationem*, et M. Bolland de lui sacrifier : « L'institution du jury a pris de profondes racines dans la nation; elle s'est en quelque sorte identifiée à nos mœurs. Il ne faut y toucher qu'avec une extrême réserve et pour une absolue nécessité. » D'accord. — Mais la nécessité se montre et ne se démontre pas. — L'impunité marche à la suite du jury, la criminalité s'accroît derrière elle et les récidives alarment tous les jours la civilisation.

§ 3. — La correctionnalisation est opportune; elle sera efficace. — Insuffisance de la législation. — Historique.

Sur le terrain des considérations générales, l'honorable auteur des *Réflexions critiques* n'est pas notre seul adversaire; il se rencontre à son insu avec les défenseurs quand même de l'institution dont nous voulons diminuer les vices et accroître les bienfaits. « Le mal est dans le jury, disent-ils; mais c'est un mal nécessaire, et le remède serait pire que le mal; car le jury est une conquête de notre révolution, c'est le boulevard de la liberté individuelle, c'est la justice du pays; elle doit être inviolable. Sacrilège qui porterait sur elle une main téméraire! » —

Ce mouvement de grandiloquence n'est pas plus concluant que l'optimisme de M. Bolland.

Il est bon d'avoir du respect pour les institutions, mais il ne faut pas du fétichisme; il est bon de respecter les lois, mais il est meilleur de les perfectionner. Élevez votre esprit au-dessus des arguments que les habitudes reçues ne manquent jamais d'opposer à toute tentative de progrès, envisagez sagement la situation, et voyez si la société est sous une protection suffisante. Le jury a-t-il répondu au but de son institution? Ce boulevard de la liberté individuelle protège-t-il assez la sécurité de tous? L'évidence ne se prouve pas. Quand les abus sont dans la loi, la loi réclame une réforme.

En législation comme en politique, le progrès doit satisfaire les besoins nouveaux sans trop heurter les idées anciennes, *améliorer sans innover*, suivant l'expression de Louis XVIII : à ce point de vue, notre système de correctionnalisation concilie tout. C'est une transaction et une transition entre les nécessités de la répression et le respect de l'institution, entre des imperfections à corriger et des bienfaits à garantir.— Loin d'être exclusive, notre proposition conserve donc à la condition d'améliorer.

Nous ne nous exagérons pas à dessein les dangers du jury pour justifier une amélioration impraticable. Le mal est réel, le remède est facile. Serait-il inopportun?

La correctionnalisation serait prématurée si la nécessité, si l'urgence même n'en réclamait pas l'application. Elle serait prématurée si l'on pouvait l'ajourner sans aggraver la situation, si le législateur, engagé dans la voie des demi-mesures, ne se trouvait pas aujourd'hui à bout de moyens, et si après avoir épuisé ses dernières ressources il avait la certitude d'avoir arrêté les progrès de l'impunité.

Jetons un rapide coup d'œil sur la législation : à la nature des efforts tentés nous reconnaitrons ce qu'il reste à faire, et l'inefficacité des lois rendues viendra comme un argument nouveau justifier l'opportunité d'une mesure nouvelle.

La première modification qu'ait subie le Code de 1808, en ce qui concerne les Cours d'assises, fut due à la loi du 2 mai 1827. — Le jury était à cette époque plutôt la justice de l'administration qu'une bonne administration de la justice; — il était choisi par le

préfet. Cédant à la pression des idées libérales de l'époque, le législateur substitua aux listes préfectorales des sessions des listes annuelles sur lesquelles les jurés étaient tirés au sort.— La liberté individuelle obtenait ainsi de plus sérieuses garanties.

Une concession plus grave vint, en 1831, donner au jury une indépendance fâcheuse : — La loi du 4 mai porta de sept voix à huit la majorité contre l'accusé et enleva aux magistrats de la Cour d'assises, dont elle réduisit le nombre, la faculté d'intervenir dans les décisions du jury, ce qui avait lieu lorsqu'elles n'étaient prises qu'à la simple majorité.— Sous l'empire de cette loi, les acquittements augmentèrent dans une forte proportion : quarante-sept accusés sur cent, près de la moitié, étaient acquittés.

Alors le nombre toujours croissant des acquittements, en présence de la loi du 4 mai que l'on voulait conserver, fut attribué en grande partie à la répugnance des jurés à faire appliquer des peines trop sévères, et pour remédier à cet inconvénient, la loi du 28 avril 1832 transporta de la Cour d'assises au jury la faculté de déclarer les circonstances atténuantes. — Palliatif insuffisant ! Le nombre proportionnel des acquittements ne redescendit que de 47 à 42 sur 100. Au lieu de *correctionnaliser le crime*, on avait *correctionnalisé la Cour d'assises* en étendant pour elle la faculté de prononcer des peines correctionnelles<sup>1</sup>.

La loi du 9 septembre 1835 fut plus énergique. Celle de 1831 fut rapportée et le nombre de voix nécessaire pour former une condamnation fut abaissé de huit à sept, tout en laissant à la Cour la faculté de renvoyer l'affaire à une autre session, quand les déclarations sur le fait principal ne seraient prises qu'à la simple majorité.— La répression devint plus sûre : le nombre des acquittés descendit rapidement de 42 à 37, 35 et même 32 sur 100 accusés ; mais il y eut encore 2,500 acquittés sur 7,000 accusés ; et les acquittements, malgré les aveux des coupables, vinrent

<sup>1</sup> Nous nous sommes rencontré avec M. Bonneville au sujet de l'appréciation de cette loi. « Les Cours d'assises, dit-il, instituées pour la distribution des peines criminelles, sont devenues de fait et en général des tribunaux *correctionnels*, à tel point que ce n'est plus que par exception qu'elles prononcent des peines *criminelles*. » — La correctionnalisation aura donc encore cet avantage de rétablir la ligne de démarcation que la loi de 1832 a effacée entre les juridictions correctionnelles et criminelles.

trop souvent pendant cette période attester que le mieux atteint n'était pas le mieux possible.

1848 démocratisa le jury et la vindicte publique fut désarmée. — Le décret du 6 mars exigea pour la condamnation la majorité de huit voix. — On croyait assurer ainsi la justice, on assura l'impunité. — Si les effets de ce décret furent à ce point funestes qu'il dut être rapporté après une épreuve de huit mois, celui du 18 octobre, en revenant à la loi de 1831, fit renaitre les abus qui avaient provoqué celle de 1835, la législation revenait sur ses pas. — La minorité des quatre voix pour l'acquittement laissait trop de latitude à l'indulgence, et la répression fut relativement plus faible en 1848 qu'en 1831, parce qu'un décret du 7 août 1848 avait, dans l'intervalle, enlevé aux préfets la composition des listes du jury pour la confier à une commission cantonale. — Les listes électorales, dont on éliminait seulement les citoyens illettrés et les serviteurs à gages, devinrent les listes du jury, et le suffrage universel y introduisit alors des éléments un peu hasardés et des incapacités nombreuses. — L'institution judiciaire superposait ainsi malheureusement l'institution politique.

Le nombre des acquittements s'éleva de 33 à 41 sur 100 accusés pour redescendre à 37 en 1850, par suite de la loi électorale du 15 mars 1849 qui étendit le cercle des incapacités et des incompatibilités, et diminua d'autant le nombre des jurés d'une moralité et d'une intelligence trop faciles ou suspects.

Le 2 décembre 1852 avait à peine établi l'ordre public que la réaction, en faveur de l'autorité contre tout principe de désordre, affermit rapidement la répression. — Le nombre des acquittés s'abaissa à 31 sur 100; jamais, depuis 1826, il n'avait été aussi faible. — Mais, *pour rassurer les bons et faire trembler les méchants*, comme avait dit le César Auguste du nouvel empire, il fallait réarmer la vindicte publique qu'avait éternuée 1848. — Les lois des 4 et 9 juin 1853 furent rendues.

Les décrets de 1848 ont disparu. — La composition des listes réduites dans une sage mesure est restituée aux préfets; et le cercle restreint des capacités ne présente plus au choix éclairé des administrateurs que des hommes moraux, sûrs et intelligents.

La loi du 9 juin 1853 a complété ce système de garantie sociale par un retour marqué vers la législation qui avait précédé



48.— La simple majorité suffit pour un verdict de condamnation. La déclaration des circonstances atténuantes n'est pas admise en cas d'égalité et, comme avant, la Cour conserve la faculté de renvoyer l'affaire à une autre session lorsqu'elle est convaincue que la déclaration de culpabilité est le résultat d'une erreur sur le fond de l'affaire; à peu de chose près, c'est la loi de 1835.

Ces lois, disions-nous dans la note 2, page 358 de notre première étude, ne satisferont qu'à demi les espérances des législateurs et les nécessités d'une répression juste et forte.— Elles promettent des améliorations incontestables; mais s'il est facile d'en prévoir les meilleurs résultats, il est facile aussi d'en prévoir l'insuffisance, car le mal n'a pas été atteint dans sa racine.— Les épreuves faites n'ont déjà que trop confirmé ces prévisions.

La législation de 1835, remise en vigueur, donnera-t-elle aujourd'hui des résultats plus heureux que par le passé? J'admets que le nombre des acquittements s'abaisse à 27 sur 100 accusés comme l'a annoncé M. le garde des sceaux dans son rapport de 1852, ne sera-ce pas encore là une législation insuffisante que celle qui permettrait à l'indulgence des jurés de faire 2,000 innocents sur 7,000 accusés<sup>1</sup>, et d'avoir raison près de cinq fois sur sept contre les magistrats des chambres d'instruction en ne confirmant leur décision qu'à l'égard de 2,500 coupables, alors surtout que le nombre des acquittements n'a été en moyenne que de 12 pour 100 devant les tribunaux correctionnels<sup>2</sup>?— Devrait-

<sup>1</sup> « Les modifications, dit le rapport du compte rendu de l'administration de la justice pour 1853, qui vient d'être publié, apportées à notre législation criminelle par la loi du 9 juin 1853, ont immédiatement exercé une salutaire influence sur la répression devant les Cours d'assises; elles l'ont rendue plus sûre et plus ferme en même temps, ainsi que j'en exprimais l'espoir en 1852.— Sur 7,317 accusés, il y en a eu 2 025 acquittés (277 sur 1,000); 2,626 (359 sur 100) ont été condamnés à des peines afflictives et infamantes, et 2,666 (364 sur 1,000) à des peines correctionnelles. » — Ces résultats sont considérables; mais doit-on réellement s'en applaudir lorsque l'on voit à côté les résultats obtenus devant les tribunaux correctionnels? La répression s'est incontestablement fortifiée en 1854, mais elle peut se fortifier encore. Il faut devant cette plaie rebelle de la criminalité un remède plus héroïque, une digue plus forte que les demi-moyens législatifs employés jusqu'ici avec tant de succès. (V. à la note suivante les résultats des poursuites correctionnelles.)

<sup>2</sup> Pendant l'année 1853, les 361 tribunaux correctionnels ont jugé 208,699 affaires qui comprenaient 261,147 prévenus, sur lesquels 163,415 seulement

on borner là les améliorations que réclame la société contre la faiblesse des jurés? Je ne le pense pas.— Rien n'est fait tant qu'il reste à faire.— Il ne suffit pas d'abaisser le chiffre des acquittements, il faut diminuer les chances trop grandes d'acquittements pour les coupables, prévenir le retour de ces erreurs déplorables que reprochait avec tant de raison au jury le rapporteur du compte rendu de l'administration de la justice en 1851, et faire en sorte que les Cours d'assises soient relativement aussi fermes que les tribunaux correctionnels.

**§ 4. — Causes des acquittements immérités. — Faiblesse et indulgence des jurés. — Les crimes qui leur sont soumis manquent souvent de gravité.**

Les tentatives faites n'ont donc qu'imparfaitement réalisé les espérances et les prévisions du législateur.— Il ne faut pas s'en étonner, cela devait être lorsque l'on considère la nature du mal et la nature des remèdes.

Différentes causes concourent à des degrés divers à produire les acquittements immérités.— Et lorsqu'il faut simultanément et sur tous les points attaquer les abus, des mesures partielles ne peuvent que les réduire sans les supprimer; c'est ce qui est arrivé.— Avec les semelles de plomb de l'analyse, comme disait l'illustre chancelier Bacon, recherchons la cause inaperçue des acquittements regrettables et déterminons le vice caché dont l'extirpation doit être poursuivie par les efforts généreux d'une législation plus efficace.

Une des premières et principales causes de ces acquittements se trouve dans le cœur humain et dans la loi.— Elle est dans l'institution, elle est dans l'homme, ou plutôt dans le défaut de proportion entre l'un et l'autre. Le juré n'est pas à la hauteur du jury.

On n'improvise pas les magistrats; le juré, par le serment qu'il prête, ne se transforme pas, il est toujours plus l'homme de la foule que l'homme de la loi; quels que soient son amour du bien public et l'élévation de son intelligence, il ne se dépouille

poursuivis à la requête du ministère public. Le résultat des poursuites correctionnelles, requête du ministère public, a été que 145,115 ont été condamnés et 18,300 acquittés; un peu moins de 12 sur 100 (112 sur 1,000). En 1852, il y avait eu 122 acquittés sur 1,000 prévenus jugés à la requête du ministère public. (V. *Compte rendu* 1853, rapp.)

pas des passions et des faiblesses humaines : omnipotent en face du pouvoir judiciaire, il confondra avec les meilleures intentions du monde une indépendance arbitraire avec l'impartialité : et trop sensible aux supplications du repentir ou trop séduit par des paroles éloquentes, il abandonnera à son indulgence surprise le vote de la conscience et de l'honneur. — Les moyens répondent ainsi mal au but. — Pour exercer le pouvoir judiciaire, il faut non-seulement un esprit habitué à discerner la vérité sous les voiles qui la cachent, c'est-à-dire avoir la connaissance du cœur humain et l'habitude des débats, en un mot *le sens judiciaire*, si je puis m'exprimer ainsi, mais encore une fermeté de caractère que l'on rencontre rarement chez les juges d'un jour et d'une heure ; et voilà pourquoi les décisions omnipotentes du jury sont plus souvent des lettres de grâce que de véritables arrêts. — La fonction excède l'homme.

La fonction excède l'homme, et d'un autre côté la gravité morale de l'infraction échappe à son appréciation.

Les lois de 1853 ont fait la part des incapacités : — vous aurez, je l'admets, des jurés intelligents, moraux, amis de l'ordre et des lois. — Voilà le juge. — Mais pour obtenir un bon jugement, ce n'est pas tout ; pour n'avoir pas toujours 2,000 acquittés sur 7,000 accusés, et des acquittements malgré les aveux des coupables, il faut plus encore. La balance reste immobile lorsqu'on lui confie des poids qui n'affectent pas sa sensibilité ; il en est de même du jury : si vous soumettez à son attention des faits qui ne tombent pas sous son sens moral, il répondra toujours *non, l'accusé n'est pas coupable* ; pour que son intelligence puisse apprécier la criminalité d'une infraction, il faut donc qu'elle soit palpable, car la fermeté et la sévérité du jury sont en raison directe de la grandeur et de l'immoralité du crime. Les grands coupables font les grands jurys. Hors de là, indulgence imméritée et faiblesse <sup>1</sup>.

Les jurés ne sont donc pas d'une manière *absolue* des juges

<sup>1</sup> L'article 25 du décret du 17 février 1852 sur la presse, et le décret du 25 février 1852, sont la confirmation de cette pensée ; en restituant aux tribunaux correctionnels les délits de presse et autres qui avaient été *criminalisés* et confiés au jury, dans un esprit de libéralisme outré, le législateur n'a-t-il pas donné la mesure de l'insuffisance du jury pour la répression des infractions *minoris gradus*, et par contre celle de la confiance qu'à cet égard méritent les tribunaux correctionnels ?

faibles ou trop indulgents ; mais comment déterminer ce niveau de justice et de fermeté au delà duquel on ne rencontre plus que l'arbitraire de leur sensibilité ou de leur caprice ? — C'est à la solution de ce problème que doit s'attacher le législateur.

Ce qui fait la grandeur du crime après l'immoralité de l'intention, ce sont les circonstances qui l'ont précédé, accompagné ou suivi. Or, selon que ces circonstances aggravent ou atténuent, criminalisent ou décriminalisent l'infraction, il faudra soumettre ou soustraire le fait à l'appréciation du jury. — D'autre part, s'attachant moins, d'ordinaire, à la gravité morale qu'au préjudice matériel de l'infraction, les jurés sont plus sévères pour les crimes commis contre les propriétés et les personnes que pour ceux contre cet être abstrait qu'on nomme la chose publique : « en » général, est-il dit dans le rapport du compte rendu criminel » de 1851, les jurés se montrent bien moins disposés à répri- » mer les attentats contre l'ordre public que ceux dirigés » contre les particuliers. — Les accusés de corruption, de con- » cussion, de banqueroute frauduleuse, de faux en écritures » authentiques et publiques sont l'objet d'une indulgence vrai- » ment déplorable... » Et plus loin, on est presque à se demander, » s'il n'y aurait pas plus d'avantages à confier à la juridiction » correctionnelle le soin de réprimer ces attentats qui, devant » le jury, trouvent une si faible répression. »

Ne demandez donc au jury que ce qu'il peut donner, ne soumettez pas à son indulgente appréciation les faits qui, selon lui, *n'en valent pas la peine*, ou que les circonstances atténuantes et les excuses ont décriminalisés. Quelque clairvoyant qu'il puisse être, ces faits échapperont à sa vue. L'instrument n'est bon qu'à son œuvre.

Livrez à l'homme de la foule la punition des faits qui révoltent l'opinion de la foule, confiez aux propriétaires les crimes graves contre la propriété, mais réservez pour l'homme public, les attentats contre l'ordre public, et vous aurez ainsi d'un côté des jurés justes et fermes, et de l'autre de bons magistrats.

Tel est le but et tel sera l'effet du système proposé de correctionnalisation.

§ 5. — Au double point de vue de la liberté individuelle et de la protection sociale, les tribunaux ordinaires présentent plus de garanties que le jury.

Trop préoccupé de l'insuffisance du jury, dans la défense de la société contre les attentats de l'individu, vous n'avez peut-être pas assez, dira-t-on, attaché votre attention sur les inconvénients que pourrait présenter la protection sociale, si elle était confiée d'une manière trop absolue aux juges du pouvoir. — Si, d'un côté, vous signalez *une déplorable* indulgence, n'y aurait-il pas à craindre, de l'autre, un arbitraire plus funeste encore? Le zèle en matière de répression n'a-t-il pas ses dangers, comme l'indifférence?

A cette hauteur la discussion pourrait s'égarer, ou prendre de trop vastes proportions; précisons la difficulté pour la mieux résoudre.

Il s'agit de crimes *excusables et atténuables* à juger, de crimes *minoris gradus*, comme on disait dans l'ancien droit, ne l'oublions pas. A qui des tribunaux correctionnels ou criminels donner la préférence? — Nous sommes en présence de cette multitude de faits coupables qui n'ont pas un caractère bien déterminé dans une position indécise entre les crimes et les délits; à qui du juge des *crimes* ou des juges des *délits* en confier la répression? Je ne veux pas de nouveau relever les avantages que ces derniers peuvent quelquefois tirer de leur présence sur le théâtre de l'infraction; je compare les institutions. — Du magistrat ordinaire ou du juré, lequel offre donc le plus de garantie, au double point de vue de la liberté des personnes et de la défense de la société? qui tiendra le mieux la balance égale entre l'individu qui lutte contre la force collective, et la force collective qui doit protéger l'individu ou se défendre contre ses agressions criminelles? qui portera avec plus de fermeté et de puissance la main de justice et le livre des lois? — Chacun a déjà répondu le magistrat.

Éclairés, expérimentés, indépendants jusque dans le sentiment du devoir, les magistrats, mieux que les jurés, s'élèvent à la hauteur des fonctions dont un choix sage et réfléchi les a reconnus dignes et capables; ils savent juger, parce qu'ils savent le cœur humain, ses excès et ses faiblesses, et qu'ils n'ignorent pas les exigences de la vindicte publique; ils savent juger, et conciliant dans une mesure impartiale les intérêts opposés qui

sont en lutte devant eux, ils préviennent mieux le désordre par une sévérité quotidienne, que les cours d'assises par la solennité de leurs rares condamnations.— Voilà les juges du pouvoir.

Le jury; il est indépendant aussi, trop peut-être, puisque son omnipotence<sup>1</sup>, mal éclairée par la connaissance des besoins généraux, s'abandonne trop facilement aux inspirations d'un cœur ému par l'attitude des accusés ou par l'éloquence de leur défenseur. Naturellement portés à l'indulgence, les jurés manquent en outre de ce *sens judiciaire* que donne seule l'habitude des lois et des débats. Qu'il soit parmi eux des hommes très-capables, très-moraux, de véritables juges, je n'en disconviens pas, mais combien n'en est-il pas qui portent une indifférence coupable et des idées arrêtées dans l'exercice de cette magistrature d'une heure dont ils ont été investis; il faut le reconnaître et savoir le répéter, si une fausse pitié égare quelquefois les uns, une fausse indépendance éblouit les autres, et l'indulgence domine trop souvent les hésitations du scrutin.— Les chiffres sont là.

Le parallèle serait incomplet, si nous ne consultations pas à son tour l'opinion publique. Or, ce *criterium*, ce juge infailible des hommes et des institutions, confirme pleinement notre appréciation. L'intrigue, qui circonvient et obsède si souvent messieurs les jurés, n'est-elle pas la preuve irrécusable de leur faiblesse, la triste mesure de leur facilité? Pourquoi la magistrature ne la rencontre-t-elle pas dans la ligne inflexible qu'elle s'est tracée? Parce qu'elle n'obéit qu'à la loi et n'écoute que la voix de la justice. Honneur à elle! La considération dont elle jouit est le plus éclatant témoignage de son mérite; elle serait sa plus douce récompense, si le magistrat cherchait ailleurs que dans sa conscience la satisfaction de ses devoirs accomplis.

Mais, dira-t-on, si le jury penche vers l'impunité, la magistrature incline vers la condamnation. Eh bien! de ces deux tendances opposées, laquelle est la plus redoutable? de celle qui, au mépris de la loi, acquitte le coupable et condamne la société

<sup>1</sup> « Le jury, pénétré de son omnipotence, brave la vérité en retranchant des circonstances aggravantes attestées par les procès-verbaux des gens de justice, affirmées par tous les témoins, constatées par des actes de l'état civil, hautement reconnues même par les accusés. » (*Du Jury*, par M. Guilibert, ancien magistrat.)

innocente à subir de nouveaux attentats, ou de celle qui frappe avec rigueur le crime au nom d'une loi qu'on ne doit jamais braver impunément, laquelle est la plus à craindre? Entre une erreur judiciaire qui, du petit au grand, favorise les malfaiteurs, et une sévérité qui les épouvante, choisissez. — Telle est l'alternative où vous place votre objection, alors que cette sévérité que vous reprochez *si gratuitement* aux tribunaux correctionnels ne va pas jusqu'à frapper un innocent et n'atteint que les coupables.

Réduite à ces termes, l'objection est bien à l'étroit; elle disparaîtrait sous sa propre impuissance, si elle ne trouvait un sophisme pour battre en retraite et capituler : *Summum jus, summa injuria*. — On ne reproche pas, il est vrai, aux tribunaux correctionnels de graves erreurs judiciaires; mais si jamais l'innocence condamnée n'a réclamé contre une décision odieuse; il faut reconnaître que les coupables sont par eux quelquefois trop punis. On ne les accuse pas d'injustice, mais d'un excès de sévérité.

L'argument n'en est plus un. Les tribunaux correctionnels sont parfois sévères. La statistique pourrait, au besoin, établir le contraire, ainsi que M. Bonneville l'a observé si judicieusement. N'importe : je l'admets. Où est le mal? où sera le danger? Un écrivain de beaucoup d'esprit disait un jour, à propos de la peine capitale : « Vous voulez abolir la peine de mort! Que messieurs les assassins commencent! » Ne pourrait-on pas de même répondre à ceux qui se plaignent de la rigueur des tribunaux ordinaires : Que messieurs les malfaiteurs s'amendent : les magistrats ne sont pas précisément institués pour leur décerner des encouragements! — Ne vaut-il pas mieux prévenir le crime que d'avoir à le punir? Et pourrait-on, au moment où le niveau de la criminalité s'élève, se faire contre nous une arme d'une sévérité qui doit protéger la société contre les débordements? Que l'homme *est un sujet mobile et ondoyant!* suivant l'expression de Montaigne. On reproche au pouvoir d'être quelquefois faible en lui refusant les moyens d'être toujours fort.

Sur le terrain de la liberté individuelle, comme sur tous les autres, notre système trouve si bien ses lignes naturelles de défense que je ne crains pas d'ajouter, en admettant même que la liberté de l'individu fût d'autant moins garantie que la

société le serait davantage, que s'il y avait lieu de se demander lequel des deux aurait aujourd'hui le plus besoin de protection, il faudrait encore répondre : la société. — Dans le siècle où nous vivons, l'arbitraire des juges est, en effet, peu redoutable, parce qu'il est d'abord éclairé, et que la raison publique, qui a plus qu'autrefois le sentiment du droit, fait la haie sur le passage de la justice et l'empêche de s'égarer. Peut-on en dire autant des passions individuelles, qu'un besoin incessant de satisfactions matérielles semble surexciter jusqu'à la frénésie? Voilà de quel côté est le danger. C'est de là qu'il faut se fortifier en épouvantant l'audace et moralisant les pervers.

En résumé, il y a plus à trembler pour la liberté et la sécurité de tous de la faiblesse des cours d'assises que pour la liberté de chacun de la sévérité des juges réguliers.

Les juges réguliers ne portent sur leurs sièges que le sentiment du devoir et la loi, s'appliquant à faire plus qu'on ne pense la part des faiblesses humaines en lutte avec les nécessités de la vie et la fatalité des événements<sup>1</sup>; ils recherchent avec soin l'intention criminelle, mesurent le profit de sa réalisation et proportionnent la gravité de la peine à la gravité de l'infraction; ils rendent la justice, et ils la rendent certaine, ce que le jury ne fait pas toujours, ainsi que nous croyons l'avoir démontré.

§ 6. — La correctionnalisation est praticable et facile. — Avantages et inconvénients.

On ne saurait donc contester la justesse de nos précédentes conclusions : qu'il importe d'enlever le plus possible au jury les lésions de droit qui n'ont qu'une gravité correctionnelle, les infractions légalement frappées de peines hors de proportion avec leur criminalité. Il faut reconnaître en même temps que si le système proposé de correctionnalisation atteint ce but, il l'atteint sans troubler trop profondément les habitudes reçues et l'harmonie des Codes, puisqu'il conserve le jury en restreignant sa juridiction, qu'il améliore son institution en diminuant l'étendue de sa compétence au nom même d'un principe consacré par notre législation.

<sup>1</sup> On en pourrait presque trouver la preuve dans l'abus des circonstances atténuantes, dont l'application va de jour en jour croissant, ainsi que l'a remarqué M. Bonneville.



Que ce moyen fût le seul efficace pour assurer la vindicte publique et mettre un terme aux abus qu'entraîne trop souvent la dangereuse omnipotence du jury; nous ne l'avons jamais pensé. Nous disions, en effet, dans notre premier article, page 358, que, pour arriver à ce résultat, « trois moyens principaux se présentent, au triple point de vue de la cause, de l'objet et du sujet des acquittements :

» 1° Une réforme du Code pénal. — Reviser une à une toutes ses dispositions trop rigoureuses, *causes ou prétextes des acquittements*, afin de mieux proportionner la nature des peines à la gravité des infractions et mettre la juridiction qui doit en connaître mieux en rapport avec la peine applicable et les nécessités de la répression, œuvre longue et difficile, mais non impossible en France depuis Napoléon<sup>1</sup>.

» 2° Réformer l'institution du jury, *sujet des acquittements*. — Ce moyen pourrait être prématuré en l'état des opinions reçues et des habitudes.

» 3° Et, *afin de pouvoir encore au plus pressé*, comme en 1832, soustraire aux cours d'assises les crimes d'une gravité correctionnelle, *objet des acquittements*, en appliquant au règlement de la compétence les dispositions législatives et les

<sup>1</sup> Et d'autant moins impossible qu'une tentative de réforme serait à ce point de vue facile à réaliser dans une certaine mesure, en supprimant pour certaines infractions que l'expérience a démontré être placées trop haut dans l'échelle des châtimens, la *reclusion et les travaux forcés à temps*, pour les remplacer par des peines correctionnelles. — Cette décriminalisation en détail serait par exemple sans inconvénient appliquée aux banqueroutes frauduleuses; à certains faux en écritures authentiques et publiques; aux faux témoignages et subornations de témoins; aux violences, suivant les cas, envers les fonctionnaires publics; aux falsifications de feuilles de route, à leur obtention et délivrance sous un nom supposé; aux attentats à la pudeur sans violence; aux enlèvements de mineur et à plusieurs espèces de vols avec une et quelquefois même deux circonstances. — Mais cette révision restreinte et provisoire aurait peut-être l'inconvénient, comme toute demi-mesure, d'ajourner le remaniement complet de notre législation criminelle, que dès 1832 le législateur a recommandé « aux méditations journalières du gouvernement et des magistrats. » Nous apprenons à ce sujet que M. Bonneville, cet infatigable préparateur des améliorations possibles, s'occupe en ce moment de réunir les éléments de cette importante réforme. Sur un plan nouveau et suivant une logique inflexible, il a entrepris la refonte générale du Code pénal; ses études, l'aptitude de son esprit et sa haute intelligence nous promettent encore une œuvre utile et généreuse : puissions-nous en voir bientôt le couronnement !

» circonstances du fait modificatives de la nature des peines, » c'est-à-dire la correctionnalisation des crimes <sup>1</sup>. »

Si ce dernier moyen n'est pas le seul efficace, il nous a du moins paru préférable aux deux autres par sa facile et immédiate application. Complément logique des attributions aujourd'hui tronquées des chambres du conseil, s'autorisant de l'esprit de la loi pour légitimer des tendances que des circulaires ont avec raison encouragées, son introduction dans notre législation ne présenterait aucune difficulté sérieuse. « Il suffirait, » disions-nous, d'ajouter à la suite de l'article 133 du Code » d'instruction criminelle, qui ordonne, en cas de crime, le » renvoi de la procédure au procureur général, la disposition » exceptionnelle suivante :

« Néanmoins, et dans les cas où les peines peuvent, par l'effet » des circonstances atténuantes ou des excuses, perdre leur caractère criminel, si les juges reconnaissent dans le fait incriminé des circonstances suffisantes d'excuse ou d'atténuation, il » pourra être fait au règlement de la compétence application » provisoire et motivée en fait et en droit des dispositions modi-

<sup>1</sup> Et nous ajoutions à la note : « La correctionnalisation est devenue si nécessaire, que les chambres du conseil n'admettent que très-difficilement dans le règlement de la compétence les circonstances aggravantes qui constituent et transforment le délit en crime, afin de réduire l'infraction aux proportions d'un simple délit. — Cette tendance explique la diminution du nombre des crimes jugés chaque année, et l'accroissement qu'a éprouvé pendant le même laps de temps le nombre des délits communs jugés par les tribunaux correctionnels, d'autant que cette diminution porte principalement sur les vols qualifiés, et que les vols simples ont triplé depuis 1826 (V. *Compte rendu*, rapp. 1851). La correctionnalisation, comme on le voit, présente un double moyen d'application ; car outre celui indiqué au texte, les chambres d'instruction correctionnalisent certains crimes en écartant les circonstances aggravantes qui constituent leur criminalité. — Ce système, qui se pratique dans le silence de la loi, et que la liberté d'appréciation des juges de la compétence semble autoriser, est par lui-même très-borné ; il n'est d'une facile application que pour ces faits qui dans leur genre sont des délits, et qui peuvent se criminaliser par le concours d'une circonstance déterminée. — Heureusement appliqué aux vols qualifiés, aux faux qui rentrent dans l'escroquerie, aux attentats à la pudeur qui peuvent devenir des outrages publics à la pudeur, ce mode de correctionnalisation est par lui-même restreint et insuffisant. — Nous ne verrions cependant aucun inconvénient à l'admettre concurremment avec celui qui fait l'objet de cette étude ; il pourrait, dans certains cas, être son utile complément à l'égard des crimes que l'application de l'article 463 ne pourrait pas correctionnaliser, et qui pourraient être décriminalisés par le rejet des circonstances aggravantes. »

» *ficatives de la nature des peines, et l'inculpé sera renvoyé devant le tribunal de police correctionnelle.* » — Sauf rédaction, telle serait la formule qui mettrait en pratique cette utile conséquence des articles 463, 326, la correctionnalisation des crimes, qui rencontre d'ailleurs dans l'article 68 du Code pénal un précédent si remarquable<sup>1</sup>.

Cette proposition était trop grave pour échapper à la critique. Si elle heurtait trop de front une doctrine acceptée et professée pour ne pas rencontrer des adversaires, elle attaquait des abus trop reconnus pour ne pas rencontrer des adhésions. Les hommes pratiques, les magistrats, les témoins de la plaie sociale ont approuvé nos idées; les hommes de la théorie en ont, par contre, contesté l'utilité pratique. Nous avons relevé les dangers du mal, ils ont signalé ceux du remède: il reste à dresser le bilan comparatif des uns et des autres pour établir contre l'auteur des *Réflexions critiques* que les avantages de la correctionnalisation l'emportent de haute lutte sur les prétendus inconvénients qu'il a bien voulu nous signaler.

Qu'on nous permette ici le relevé analytique des principales objections que nous avons indiquées et résolues dans notre première étude: on verra que notre honorable contradicteur n'a rien trouvé de mieux que de reprendre en sous-œuvre la moins importante. Les principaux inconvénients qui s'étaient au premier abord présentés à nos yeux ont été les suivants:

1° La difficulté pour les chambres du conseil de déterminer d'une manière exacte l'influence des faits d'excuses et des circonstances atténuantes sur la criminalité de l'infraction sans préjuger la culpabilité de l'agent (V. Discussion, p. 360 et suiv. 1<sup>er</sup> article).

2° Le double emploi apparent de l'article 463 par les juges de la compétence et par ceux de la condamnation (V. p. 379 et suiv., 1<sup>er</sup> art.).

3° L'insuffisance de l'article 463, dont les dispositions ne permettraient pas de correctionnaliser certains crimes qui, dans des

<sup>1</sup> V. dans l'article critiqué le projet de rédaction proposé pour mettre l'article 463 en harmonie avec cette disposition; — et encore, à la fin de cet article, le texte de la loi belge qui a accepté la correctionnalisation. On remarquera la conformité de notre rédaction avec celle de cette loi, que nous regrettons de n'avoir connue (V. p. 279, note 1) qu'après avoir terminé ce travail.

circonstances données, ne mériteraient pas la solennité des assises (V. p. 382, 1<sup>er</sup> art.).

4° L'arbitraire dans le règlement de la compétence par l'abus possible de l'article 463, et par suite de la difficulté de circonscrire dans de justes limites cette nouvelle faculté des chambres du conseil <sup>1</sup>. Nous avons longuement répondu à cette objection pages 373 et 378, et nous y avons satisfait 1° en imposant aux juges de la compétence l'obligation de *motiver* l'application provisoire des excuses et de l'article 463 <sup>2</sup>; 2° En laissant aux juges de la répression la faculté de *se déclarer incompétents* dans le cas où la correctionnalisation serait *inexacte ou trop arbitraire*. Cette liberté des tribunaux devenait ainsi le frein légal, le *régulateur* de la correctionnalisation.

5° L'*augmentation des règlements de juges en cas de renvoi pour incompétence*, ce qui pourrait retarder quelquefois la solution de certains procès criminels et prolonger au delà de l'instruction la détention préventive (V. p. 378, 1<sup>er</sup> art.).

Au chapitre des avantages, je signalais, au double point de vue de la société et du prévenu :

1° La diminution des acquittements immérités et ses heureuses conséquences par une application plus inévitable des peines.

2° Une répression plus juste et plus efficace comme effet moral, le coupable sera frappé sur le théâtre du crime; et comme proportionnalité de la peine, les juges du lieu pouvant mieux que tous autres concilier les nécessités d'un exemple avec les antécédents du prévenu, les habitudes et la moralité du pays.

<sup>1</sup> Ce qui ne pourrait se faire qu'en définissant et énumérant les indéfinissables et innombrables circonstances atténuantes. Cette difficulté a été en partie résolue par le Code pénal de la Bavière, qui dit article 95 : « *La criminalité est légalement diminuée si le coupable a peu d'instruction, s'il est faible d'intelligence; s'il a été poussé par des suggestions ou promesses, par la misère ou toute autre nécessité pressante; s'il a agi par un mouvement irréfléchi, spontané; par l'effet d'une circonstance imprévue et inopinée; sous l'empire d'une passion ou dans un moment de trouble intellectuel; s'il a de bons antécédents; s'il a lui-même volontairement restreint le dommage causé; s'il s'est spontanément efforcé d'empêcher les conséquences du crime ou d'en réparer les effets; s'il s'est livré à la justice; si avant son troisième interrogatoire il a avoué son crime; s'il a révélé ses complices encore inconnus.* »

<sup>2</sup> Motivée, cette application cessera d'être arbitraire.

3° La réduction des frais de justice par la diminution économique pour le trésor ou le prévenu des procédures criminelles <sup>1</sup>.

4° L'abolition, en partie du moins, des translations publiques des prévenus au chef-lieu, et le bénéfice acquis dès le seuil des débats des circonstances atténuantes ou des excuses.

5° L'expédition plus prompte des affaires et la réduction de la durée de la prison préventive, que l'inculpé n'aura plus à subir quelquefois deux ou trois mois en attendant l'ouverture des assises et pendant les inévitables lenteurs et les pertes de temps employés à transmettre les dossiers à la Cour, et par elle à prendre connaissance de l'affaire et à prononcer <sup>2</sup>.

6° *L'économie à réaliser dans l'administration de la justice par la possibilité de réduire à une par chaque ressort le nombre des Cours d'assises, ensuite de la diminution des procédures criminelles.*

7° Et j'ajoutais, en terminant, « que la correctionnalisation » permettant de réserver aux Cours criminelles, par un triage » bien entendu, les infractions les plus graves, les crimes qui » *en vaudront la peine*, les jurés se feraient à plus de rigueur à » mesure qu'ils ne jugeraient que de grands coupables ; que les » acquittements devenant dès lors moins nombreux et plus » mérités, cet affermissement dans la répression relèverait le » jury de sa réputation d'inexpérience et de faiblesse, » et que les accusés redouteraient autant sa rigueur à l'avenir qu'ils ambitionnent aujourd'hui sa trop facile indulgence <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> M. Bonneville remarque avec raison à ce sujet que « les rôles si surchargés des Cours d'assises seront dégrévés d'une masse d'affaires peu graves » qui toutes, après un vain déploiement de formes et de solennités rigoureuses, » se terminent, en cas de verdict affirmatif, par l'application de un ou deux » ans de prison. *Murem mons parturiens.*

<sup>2</sup> La durée des sessions d'assises, en moyenne de deux semaines, serait » réduite de moitié, ce qui réduirait d'autant l'énorme impôt des 4,161 journées de dévouement que chaque année les jurés payent à la justice du » pays, impôt que va rendre plus onéreux encore la réduction du nombre » des jurés composant la liste annuelle de service. Décret 4 juin 1855. » (*De l'amélioration de la loi pénale*, p. 383.)

<sup>3</sup> Conforme avec M. Bonneville, p. 382.

<sup>4</sup> « Rendue à sa véritable destination, la Cour d'assises ne tarderait pas à » conquérir son salutaire prestige d'intimidation sur les masses ; les malfaiteurs cesseraient de braver en riant sa suprême juridiction, du jour où on » ne la verrait plus juger que de véritables crimes, ne prononcer que des

De tous les inconvénients mentionnés plus haut, quels sont ceux qui ont attiré l'attention du savant critique? — Un seul, celui relatif à l'augmentation et à l'embaras des procédures en règlement de juges, 5°. — Des avantages que nous venons d'énumérer, quels sont ceux qu'il a contestés? — Un seul, celui de l'économie par suite de la réduction possible dans le nombre des Cours d'assises, 6°.

La correctionnalisation est *inacceptable*; elle serait *onéreuse pour le trésor et les inculpés*: telle est, en fin de compte, la conclusion formelle mais peu motivée du savant professeur. — Disons de suite que les dangers qu'il entrevoit sont plus dans ses idées que dans la pratique des choses, et que les bienfaits dont il ne s'aperçoit pas, sont évidents pour tout le monde. — Si la faiblesse de notre plume ne trahit pas l'énergie de notre conviction, la discussion sera concluante et courte, car nos observations préliminaires sont d'avance des arguments.

§ 7. — La correctionnalisation ne trouble pas l'harmonie de la législation. — Analogie avec l'article 68 C. pén. — Elle atteint le but vrai de la loi. — Discussion.

On a posé en principe que notre proposition « jetée à travers » une législation organisée pour former un tout homogène, n'a » mènerait que la desharmonie et des impossibilités. » Ce reproche est immérité et porte à faux.

Nous ne sommes pas ici sur le terrain du droit, mais sur celui de la législation. — *Dura lex, sed scripta*; la loi est dure, il faut s'incliner, dit le droit; la loi est dure, elle est vicieuse, dit la législation, il faut la corriger. — Il ne suffit donc pas de dire que notre proposition trouble l'harmonie de la loi pour la repousser, il faut prouver que la loi est bonne et parfaite, et que les abus relevés n'existent pas. — Repousser une amélioration parce qu'elle modifie et corrige; rejeter le progrès parce qu'il innove, c'est vouloir des abus quand même, c'est le cercle vicieux du tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles.

Avant de se demander si notre proposition est en harmonie

» châtimens criminels.....; ou du moins, si parfois elle avait encore à appliquer çà et là quelques peines correctionnelles, cette rare exception ne » serait plus qu'un témoignage éclatant de sa scrupuleuse et clairvoyante » justice. » (M. Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 384.)

avec la législation, il aurait donc fallu examiner si la législation était en harmonie avec elle-même et avec les besoins de la société; et si la loi, telle que nous la voulons, ne satisferait pas mieux la sécurité publique.— De quelque autorité que soit pour nous la parole du maître, elle ne saurait ici par un mot enchaîner les améliorations. — La loi est-elle vicieuse (vous ne le contestez pas, puisque vous reconnaissez ouvertement l'insuffisance du jury, et implicitement la nécessité de mettre un terme au nombre toujours croissant des acquittements immérités), hâtez-vous de la réformer; elle est inefficace, pourquoi repousser une modification qui préviendrait plus sûrement le crime par la certitude du châtement? — La correctionnalisation, dites-vous, atteindrait peut-être ce résultat; mais elle troublerait l'harmonie de la législation.— Allégation sans preuve qui va s'anéantir d'elle-même devant les résultats pratiques de l'article 68 du Code pénal.

Nous ajoutons à l'article 133 du Code d'instruction criminelle une disposition exceptionnelle en faveur des crimes que les excuses ou les circonstances atténuantes peuvent décriminaliser, et vous dites : « *Le crime est toujours crime, et ne peut être jugé* » que par l'autorité que la loi a proposée pour juger ces sortes de » faits<sup>1</sup>. » Vous oubliez que lorsque la circonstance de l'âge a décriminalisé les méfaits de l'enfant de 16 ans, l'article 68 le renvoie devant le tribunal de police correctionnelle.— Que faisons-nous de plus que de généraliser l'application du principe qui a formulé l'article 68? — « Laissons, dites-vous, cette exception un peu anormale sévèrement renfermée dans le cas » que le motif de la loi explique. » Pourquoi ne pas l'appliquer aux cas analogues? — « La loi frappée de la faiblesse de l'âge a » voulu soustraire, par une exception, l'enfant de 16 ans à la » honte des débats devant une Cour d'assises. » — Cela prouve-t-il que les funestes effets de l'impunité, l'augmentation des récidives ne soient pas des motifs assez graves pour légitimer une nouvelle exception? — L'article 68 n'a pas troublé l'harmonie du Code par des impossibilités; en quoi le serait-elle, si le législateur, frappé de la faiblesse du jury comme il l'a été de celle de l'enfant de 16 ans, édictait une exception analogue? Aurait-on à

<sup>1</sup> V. note 1, p. 248, notre observation sur cette maxime, ainsi que la note 1, p. 368, premier article.

déplorer dans un cas une modification dont on s'est applaudi dans l'autre? — Là comme ici les raisons sont également puissantes, *ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

On se fonde d'autre part, et d'une manière générale, sur l'excellence de la loi ou du but qu'elle a voulu atteindre : « La loi, nous dit-on, en renvoyant les crimes devant une juridiction élevée, a voulu qu'ils y fussent appréciés quelque nature qu'ils pussent revêtir par l'instruction dernière (art. 365 C. d'inst. crim.), et cette pensée est bonne, c'est le moyen d'amener promptement et bonne justice. » — Cette considération n'est pas plus heureuse que la précédente.

Il ne suffit pas, en effet, pour être bonne que la justice soit prompte, il faut qu'elle soit certaine, et nous avons démontré que cette certitude n'existait pas devant le jury pour les crimes qui n'ont pas une gravité considérable. — Une justice qui, dans sa promptitude, aboutit à 2,000 acquittements sur 7,000 accusés, n'est pas une bonne justice : une justice qui relaxe le coupable malgré l'évidence des preuves et malgré ses propres aveux, n'est même plus de la justice. — Le savant professeur a donc exalté de confiance les impuissants moyens de la loi ; l'inefficacité de leurs résultats s'est trop effacée à ses yeux devant l'excellence du but qu'elle s'était proposée, et qu'atteindra seule la mesure que nous défendons ; car la correctionnalisation, à moins de frais et avec plus de célérité, fera plus sûrement bonne justice de certains crimes devant les juges réguliers que le système actuel devant la Cour d'assises. La pensée de la loi repousserait-elle au nom d'un moyen qui ne la réalise pas, une amélioration qui la réalise?

§ 8. — La correctionnalisation des crimes abrège la détention préventive. — Première objection : Renvoi pour incompétence ; règlement de juges. — Réfutation.

On ne saurait le contester : — La justice par la mesure proposée serait plus sûre, plus prompte et plus économique : « Mais » il pourra arriver, dit M. Bolland, que la preuve des faits d'atténuation (qui auront motivé la correctionnalisation) pouvant aussi bien se produire en définitive que ne se produire pas, évidemment dans ce dernier cas, le tribunal ne pourrait juger, une peine criminelle devant alors être prononcée, et le tribunal correctionnel ne pouvant la prononcer, tout serait à re-



» commencer. Le tribunal serait obligé de se déclarer incompé-  
 » tent; et une opposition se manifestant alors entre la décision  
 » de ce tribunal et celle de la chambre du conseil qui, en lui  
 » renvoyant la cause, l'aurait déclaré compétent, il y aurait  
 » peut-être lieu dès lors à un règlement de juges, puis à saisir  
 » de nouveau la chambre du conseil et peut-être, par appel ou  
 » opposition, la chambre d'accusation pour saisir enfin la Cour  
 » d'assises... et voilà les résultats de la proposition faite!... »  
 Les résultats *très-exceptionnels*, les résultats d'une correctionna-  
 lisation *inexacte ou trop arbitraire*.— Notons ceci pour être  
 vrai : « Au lieu de cela, ajoute le savant professeur, avec le sys-  
 » tème de la loi, dans le doute sur les faits d'atténuation, la  
 » cause étant renvoyée devant le tribunal élevé qui, dans tous  
 » les cas juge en dernier ressort, aucun de ces inconvénients ne  
 » peuvent se produire... » — Mais il s'en produira d'autres, et  
 d'autres bien plus graves; car, au lieu de cela, des acquitte-  
 ments déplorables laisseront les lois impuissantes, frapperont la  
 magistrature de discrédit, et la criminalité, loin de diminuer  
 en France, élèvera de plus en plus son sinistre niveau.

Allons au fond de cette objection, que pour ne pas l'affaiblir,  
 j'ai reproduit textuellement.— C'est la principale.

En thèse générale, la correctionnalisation procédure plus ex-  
 péditive peut, dans la pratique, entraîner des longueurs, parce  
 que les faits d'atténuation qui l'ont motivée « *pouvant se pro-  
 » duire comme ne se produire pas, tout serait à recommencer.* »  
 Observons en passant que si la correctionnalisation est possible,  
 (et vous l'admettez si la preuve des faits d'atténuation *peut se  
 produire*) vous ne contestez pas alors les avantages qui lui font  
 cortège et que nous avons énumérés.— La correctionnalisation  
 sera donc un bienfait réel lorsqu'elle sera *possible*. Cela posé,  
 il nous suffira d'établir, pour démontrer la prépondérance de  
 ses avantages sur l'inconvénient que vous signalez : 1° que les  
 renvois pour incompétence seront des incidents très-rares;  
 2° que fussent-ils nombreux, ils ne sauraient l'emporter sur une  
 utilité générale, et ne présenteraient pas les fâcheux résultats  
 qu'on a voulu s'exagérer.

1° *Les renvois pour incompétence seront très-rares.*— Sur l'ar-  
 rière plan de notre proposition nous avons entrevu déjà cette  
 difficulté, et voici comment elle était résolué dans l'article criti-

qué, page 378 : « Je considère comme un avantage la faculté laissée aux juges de la répression de se reconnaître incompétents dans le cas où la déclaration et l'application des circonstances atténuantes par la chambre du conseil serait inexacte ou trop arbitraire. Pour aller au-devant de toute objection à ce sujet, il m'avait paru naturel d'examiner si les embarras des procédures en règlement de juges ne viendraient pas retarder trop souvent la solution de certains procès criminels; mais je n'ai pas cru devoir m'arrêter devant cette apparence de difficulté, par le motif que je ne saurais signaler comme un inconvénient ce que je regarde au fond comme un avantage, puisque cette liberté du tribunal de se déclarer incompétent sera le frein légal et nécessaire de l'arbitraire en correctionnalisation..... Si, d'un autre côté, l'on considère que les renvois pour incompétence ne pourront avoir lieu le plus souvent qu'autant que les juges de la répression nieront l'existence même des faits atténuants reconnus et visés par la chambre du conseil <sup>1</sup>, on verra que ces renvois seront plus rares qu'ils ne paraissent devoir l'être, plus rares même que ceux auxquels donne lieu aujourd'hui la correctionnalisation par le rejet de circonstances aggravantes qui se pratique si heureusement dans le silence de la loi pour certains vols qualifiés <sup>2</sup>, et l'on comprendra que des craintes aussi peu fondées ne pouvaient justifier à mes yeux aucune objection sérieuse. »

Le savant professeur aura sans doute passé un peu rapidement sur ces considérations, qui étaient cependant de nature à prévenir ses réflexions critiques, ou n'aura pas assez appliqué sa pensée à découvrir la nôtre. En voici les développements :

Disons d'abord que, quel qu'en puisse être le nombre, les renvois pour incompétence seront plus rares devant les deux cent quatre-vingt tribunaux composés de trois à quatre juges que devant les quatre-vingt tribunaux de deux ou plusieurs chambres, et cela se comprend. Là où les juges de la compé-

<sup>1</sup> Ce sera là une pure question de fait sur laquelle le tribunal aura rarement à se prononcer; que le prévenu n'aura aucun intérêt à soulever, puisqu'il ne pourrait le faire qu'en niant alors les circonstances atténuantes qu'il lui importerait d'invoquer devant une autre juridiction; et que le ministère public qui n'aurait point fait opposition à l'ordonnance de renvoi en police correctionnelle soulèvera, nous le croyons, plus rarement encore. (Note du premier article, p. 378.)

<sup>2</sup> V. ci-dessus, p. 264, à la note.

tence sont les mêmes que ceux de la condamnation, il y a moins à craindre une différence d'opinion à quelques jours d'intervalle et plus à espérer qu'ils confirmeront sur leur siège la décision par eux rendue dans la chambre du conseil. Devant les uns et les autres, d'ailleurs, ces incidents ne se présenteront que dans *les cas exceptionnels* où les débats, ajoutant à l'instruction écrite, révéleront un crime nouveau ou des faits imprévus qui, repoussant les circonstances atténuantes, viendront tout à coup aggraver la culpabilité du prévenu <sup>1</sup>.

Ces incidents seront, d'autre part, d'autant plus rares qu'il n'y aura le plus ordinairement aucun intérêt à les soulever.

En effet, qui relèvera l'incompétence et demandera le renvoi? Sera-ce le prévenu? Il n'aurait aucun intérêt à le faire; car, pour l'obtenir, il devrait prouver la criminalité du fait qui lui est imputé, faire ressortir les circonstances aggravantes, et repousser celles qui peuvent lui gagner l'indulgence des juges, et qu'il aurait à invoquer plus tard peut-être devant une autre juridiction. Et dans quel but argumenterait-il ainsi de sa propre turpitude? S'il comptait sur l'indulgence et la faiblesse du jury en recherchant sa compétence, le prévenu ferait un mauvais calcul et se tromperait de date; il ferait un mauvais calcul, parce que, sous l'empire de la correctionnalisation, avec la diminution des Cours d'assises, avec un triage bien entendu des affaires, le jury transformé se serait relevé de sa réputation de faiblesse et d'incapacité, et qu'au lieu d'enhardir le crime par son indulgence, il l'épouvantera par sa sévérité.

L'inculpé recherchera d'autant moins alors la Cour d'assises qu'il apparaîtrait devant elle avec un précédent bien lourd, avec un jugement qui l'aurait déclaré, sur sa demande, trop criminel pour être même digne du bienfait de l'article 463. Plus chargé d'iniquité, solliciterait-il un juge plus sévère? Le prévenu ne relèvera donc pas l'exception d'incompétence.

Sera-ce le ministère public? Le ministère public qui, dans son réquisitoire définitif, aura demandé le renvoi de l'inculpé

<sup>1</sup> A moins de nier les lumières, l'expérience et le sens moral des chambres d'instruction, pour exalter la valeur du jury, disions-nous dans notre première étude, il faut convenir que le plus souvent les débats n'ajoutent rien aux faits relevés dans l'instruction écrite, et que ce n'est que dans des cas très-exceptionnels que tel fait qui était resté ignoré est révélé au milieu des débats.

devant le tribunal correctionnel, qui, en provoquant la correctionnalisation, aura été d'autant plus réservé qu'il avait plus à craindre un renvoi pour incompétence, qui n'aura point fait opposition à l'ordonnance de la chambre du conseil, ne relèvera l'exception que dans ces cas *très-rares* où des faits nouveaux se produisant à l'audience présenteraient l'affaire sous un jour plus criminel.

Le tribunal pourra d'office se déclarer incompétent. Oui ; mais pour n'avoir pas ainsi à se déjuger ou pour ne pas voir reformer leur ordonnance par leurs collègues de la répression, les magistrats de la chambre du conseil ne correctionnaliseront pas à la légère, et afin de ne pas retarder l'expédition des procédures, ils s'appliqueront, comme les membres du parquet, à concilier la certitude de la vindicte publique avec la nécessité d'une prompte répression, et répondront à la confiance du législateur par le sentiment de la justice et celui de la loi.

La correctionnalisation sera donc plus souvent possible qu'impossible. La réformation de l'ordonnance sera l'exception, et sa confirmation, la règle générale. En règle générale donc la détention préventive sera abrégée sans nuire à l'instruction de l'affaire et à la sûreté de la répression. Les réglemens de juges seront, en conséquence, très-peu multipliés ; mais fussent-ils plus nombreux qu'ils ne paraissent devoir l'être, la raison que donne le savant professeur pour démontrer à ce point de vue les dangers et les vices de notre proposition est loin d'être satisfaisante ; il a pris un sentiment généreux peut-être pour un argument, son cœur a égaré son esprit sur la route d'une fausse pitié.

2° *Les embarras des renvois pour incompétence ne sauraient balancer l'utilité générale de la correctionnalisation.* — L'augmentation, si faible qu'elle fût, des réglemens de juges, en suite des renvois pour incompétence, suffirait, selon M. Bolland, pour faire écarter la mesure proposée, « parce que, dit-il, en attendant, le malheureux accusé serait ballotté de tribunaux en tribunaux avec une prolongation fâcheuse de prison préventive. » En vérité, cette compassion part d'un bon naturel, mais elle est ici bien risquée ; car, entre ceux dont la prison préventive serait prolongée par le rejet de la correctionnalisation et ceux qui auraient à souffrir de sa mise en

pratique, les plus à plaindre ne seront pas ces derniers.

*La détention préventive* est à la fois une mesure de sûreté, une garantie de l'exécution de la peine et un moyen d'instruction <sup>1</sup>. Nécessité rigoureuse sans laquelle la poursuite serait inutile et la procédure impuissante, elle devient une précaution oppressive lorsqu'elle se prolonge plus qu'il ne faut au delà de l'instruction; elle est une mesure odieuse lorsqu'elle pèse sur un innocent. Le résultat des poursuites peut seul en déterminer l'injustice ou l'utilité.

Mais l'injustice de la prison préventive est *apparente* ou *réelle*, suivant aussi la justice apparente ou réelle de l'acquiescement; *réelle*, si l'innocence est reconnue; *apparente*, si le vrai coupable ne doit sa liberté qu'à une erreur judiciaire. Cela posé, réduire la durée de l'injustice *réelle* de la prison préventive et les cas de justice *apparente* des acquittements est donc un problème qui intéresse la société, et dont la solution générale et pratique se rencontre dans la correctionnalisation; elle réduit, en effet, d'une manière générale pour *tous* les prévenus la durée de la prison préventive en rapprochant par une procédure plus prompte l'inculpé du jour du jugement; elle réduit les cas de justice *apparente* en présentant des juges pour qui les acquittements des coupables sont aussi rares que la condamnation des innocents. Que lui reproche-t-on? De prolonger parfois la détention préventive? Cet inconvénient, s'il existe, n'en est pas un.

La détention préventive est une mesure *utile* lorsqu'elle pèse sur les vrais coupables. Sa prolongation, dans ce cas, serait-elle un accident bien fâcheux, et pourrait-on sérieusement l'invoquer contre nous? C'est pourtant ce qui est arrivé; car l'honorable professeur n'a pas assez tenu compte de la position faite au prévenu par le jugement qui déclare l'incompétence.

La correctionnalisation, en abrégant la détention préventive à l'égard de *tous* les prévenus sans distinction, ne la prolonge, par exception, que pour ceux dont la présomption d'innocence s'est en partie évanouie devant la décision du tribunal incompetent. Or la prison, qui va de nouveau s'ouvrir pour cet inculpé reconnu *trop coupable* pour mériter l'application définitive de l'article 463, ou dont *le crime est trop grave*

<sup>1</sup> V. M. Faustin Hélie, t. V de son *Instruction criminelle*.

pour être jugé par le tribunal correctionnel, apparaît moins alors comme une injustice réelle que comme l'anticipation d'un châtement mérité. En ne subordonnant plus la fin de la détention préventive à l'ouverture de la Cour d'assises<sup>1</sup>, en rapprochant le jour du jugement du terme de l'instruction, la correctionnalisation, nous ne saurions trop le répéter, abrège *pour tous* la durée de la prison préventive. Faudrait-il priver de cet avantage *la majorité* des accusés, parce que, dans des cas très-rare, une faible *minorité* ne pourrait en profiter? Faisons mieux la part des situations : une inflexible égalité serait ici une criante injustice.

L'incompétence est déclarée; le fait s'est révélé tout à coup comme un crime odieux; les débats ont montré le prévenu plus coupable qu'innocent, et vous regrettez les quelques jours de prison qu'il va subir encore? et vous voudriez les lui épargner, au risque de reculer la liberté de celui dont le tribunal correctionnel pourra, grâce à la correctionnalisation, proclamer dans trois jours l'innocence, et qui, sans les bienfaits de cette amélioration, attendrait dans les angoisses l'ouverture éloignée de la Cour d'assises? Je ne le pense pas. Tels seraient pourtant le résultat du rejet de notre proposition et la portée du bon mouvement de M. Bolland dans l'intérêt des prévenus qui le méritent le moins. Sur le terrain des considérations humanitaires comme sur celui de l'application, la force apparente de ses arguments est toujours repoussée par la force des choses. La correctionnalisation des crimes, qui abrège la détention préventive *des présumés innocents* et ne la prolonge quelquefois que pour *les présumés coupables*, si je puis m'exprimer ainsi, reste donc une amélioration juste dont les plus réels inconvénients, *s'il en est*, ne sauraient balancer les plus faibles avantages.

Je vais plus loin : j'admets que cette prolongation de prison préventive soit le défaut de la cuirasse, le vice de notre proposition. On ne devrait pas pour cela la repousser encore, à moins de condamner comme inutile la détention préventive elle-même. Une législation qui a accepté comme une nécessité cette mesure de précaution pour s'assurer de la personne des coupables ne saurait, en effet, sans manquer de logique, rejeter une mesure qui en assurerait la punition. Si l'une garantit l'exécution de

<sup>1</sup> Pour les crimes susceptibles d'être correctionnalisés, bien entendu.

la peine, l'autre garantit sa juste application. L'une est une nécessité sans laquelle les poursuites seraient impuissantes ; l'autre est une prolongation utile de cette nécessité pour diminuer les cas d'acquittements immérités, qui en démontreraient trop souvent l'injustice. Qui veut la fin veut les moyens. Si l'impunité est aussi dangereuse pour l'ordre public et la sécurité générale que l'insuccès d'une procédure criminelle, il faut accepter comme une conséquence forcée de la détention préventive les rares et courtes prolongations auxquelles pourra quelquefois donner lieu la correctionnalisation.

A un autre point de vue, notre honorable contradicteur revient sur la première objection et ajoute qu'il pourra se présenter tel cas où, malgré les circonstances atténuantes, ce serait encore une peine criminelle, la reclusion, par exemple, que mériterait le prévenu. « Que fera le tribunal? Il ne peut prononcer une peine de nature criminelle, et cependant c'est la seule qui réponde aux nécessités de la vindicte publique, la seule applicable. Direz-vous qu'il reculera et n'appliquera qu'une peine correctionnelle? Mais alors la loi ne sera pas obéie. » Le tribunal, dans ce cas, se déclarera incompétent; voilà tout. Et cette difficulté se confond dès lors avec la précédente, puisqu'elle aboutit aux mêmes résultats. Je suis, d'ailleurs, d'autant moins frappé de sa portée que je ne doute pas de la haute circonspection des juges de la compétence pour éviter de tels embarras à leurs collègues de la répression ; ils ne correctionnaliseront qu'avec une certaine réserve et dans les cas seulement où la légère gravité des crimes pourrait, devant le jury, donner lieu à des acquittements immérités ou à des condamnations correctionnelles.

§ 9. — La correctionnalisation est économique. — Réduction dans le nombre des Cours d'assises. — Deuxième objection. — Réfutation.

L'auteur des *Réflexions critiques* conteste, en terminant, les résultats économiques de notre proposition relativement à la réduction du nombre des Cours d'assises. « Il est peu probable, » dit-il, qu'en réduisant le nombre des Cours d'assises à une par chaque ressort il y eût dans tout cela de l'économie ; il y aurait seulement une justice plus difficile. Se figure-t-on ces accusés, ces témoins, ces dossiers, ces pièces de conviction arrivant d'un rayon si éloigné au chef-lieu de la Cour impé-

« riale?... » En s'exagérant ces embarras, M. Bolland ne se figure pas tout; il oublie notamment que, par suite de la diminution des procédures criminelles, les deux tiers des témoins et des accusés entendus et jugés sur les lieux mêmes ne se déplaceront presque pas. Si le rayon de la Cour d'assises augmente, le concours de la circonférence au centre diminue dans une plus forte proportion, et, tout compensé, il n'est pas difficile de prévoir une économie réelle, sans même compter celle de l'indemnité accordée aux conseillers qui président les assises des départements. N'y aura-t-il pas d'ailleurs, par suite de la diminution du nombre des acquittements, qui grevaient trop souvent le trésor de frais considérables, épargne au profit de l'État de tous les frais de procédure que les condamnations mettront, à l'avenir, plus souvent à la charge des accusés? M. Bolland n'a pas assez calculé les résultats économiques de notre proposition, même au point de vue restreint et isolé de la réduction dans le nombre des cours d'assises. *Error plura non facit jus.*

Loin d'être onéreuse pour le Trésor et les inculpés, impraticable et dangereuse, la correctionnalisation des crimes reste donc ce qu'elle a la prétention d'être, une procédure, prompte, économique qui assurera la répression et préviendra le crime par la crainte d'un châtement plus certain. — C'est une amélioration pratique, logique avec les principes du Code et qui présente en somme plus d'avantages que d'inconvénients.

#### § 10. — Adhésions et lois étrangères. — Conclusion.

Nous nous étions recommandé de l'opinion du savant auteur du Manuel du juge d'instruction en terminant notre première étude, nous ne saurions mieux aujourd'hui nous retirer de cette discussion qu'en citant l'extrait d'une lettre écrite au sujet de notre travail par M. le commandeur Paul Vigliani, avocat général fiscal près le sénat de Nice, le 22 juillet 1854. — M. Bolland ne sera pas peu surpris d'apprendre par elle que dans des pays voisins, le Piémont et la Belgique dont la législation est la même que la nôtre, la correctionnalisation des crimes se pratique sans rencontrer les dangers et les impossibilités qu'il a cru entrevoir dans l'application de cette nouvelle procédure. Je cite : « L'étude de M. Rousset m'a satisfait sous le double » rapport du fond et de la forme. J'y ai trouvé des idées justes,



» utiles, généreuses et conformes à ma manière de penser.  
 » La correctionnalisation des crimes (ainsi que le jeune au-  
 » teur appelle par un heureux néologisme ce nouveau genre  
 » de métamorphose), rencontre, je le sais, plus d'une dif-  
 » ficulté sur le terrain de la rigueur des principes et de l'har-  
 » monie législative, parce qu'elle trouble tant soit peu les bases  
 » des compétences en matière pénale, et porte quelque altéra-  
 » tion au caractère essentiel des attributions des chambres du  
 » conseil et des mises en accusation, en leur conférant une  
 » partie de la connaissance du fond des affaires soumises à leur  
 » examen; mais l'utilité sociale, juridique et économique s'en  
 » fait tellement sentir, qu'elle doit l'emporter chez les hommes  
 » pratiques, sur le beau idéologique des théoriciens; veuillez  
 » présenter à votre honorable ami mes compliments bien sin-  
 » cères pour le bon service qu'il a rendu à notre science et à  
 » la justice, et je vous prie aussi de lui faire savoir que le vœu  
 » exprimé par sa brochure, déjà réalisé en Belgique depuis  
 » quelques années par deux lois des 15 mai 1848 et 15 mai 1849<sup>1</sup>,  
 » vient aussi d'être accompli dans les états Sardes par une récente  
 » loi du 23 juin dernier. Elle semble dictée sous les inspirations  
 » du travail de M. Rousset. Le jeune écrivain aura de quoi s'ap-

<sup>1</sup> Voici le texte de la loi que nous avons trouvé dans le livre de M. Bonneville; on verra combien sa rédaction se rencontre avec la nôtre: « Art. 4. Dans tous les cas où il y aurait lieu de ne prononcer qu'une peine correctionnelle, à raison soit d'une excuse, soit de circonstances atténuantes; et dans le cas où il y aurait lieu d'appliquer les articles 66 et 67 du Code pénal, la chambre du conseil pourra, à l'unanimité de ses membres, et par une ordonnance *motivée*, renvoyer le prévenu au tribunal de police correctionnelle. — La chambre d'accusation pourra, à la simple majorité, exercer la même faculté. — Le ministère public et la partie civile pourront former opposition à l'ordonnance, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle. — Art. 5. Le tribunal correctionnel devant lequel le prévenu sera renvoyé ne pourra décliner sa compétence en ce qui concerne l'âge, l'excuse et les circonstances atténuantes..... » Notre système diffère de celui de la loi belge qu'a préconisé en France M. Bonneville: 1° en ce que nous n'allons pas jusqu'à donner aux ordonnances de la chambre du conseil le pouvoir d'être *attributives de juridiction*; 2° nous allons plus loin qu'elle, en ce sens que nous étendons les bienfaits de la correctionnalisation non-seulement aux crimes qui doivent *forcément* recevoir des peines correctionnelles par l'adjonction des circonstances atténuantes, mais à ceux qui peuvent *facultativement* en recevoir, c'est-à-dire aux crimes punis directement des travaux forcés à temps, etc..., tandis que la loi belge borne la correctionnalisation aux crimes passibles de la reclusion.

» plaudir de ce témoignage que la législation d'un pays voisin  
 » et en voie de progrès vient de donner à la sagesse de sa doc-  
 » trine<sup>1</sup>. » Cette lettre écrite à un de mes amis, alors mon col-  
 lègue, était d'avance la réfutation complète des objections de  
 M. Bolland.

Voici le texte de cette loi qui nous est à l'instant communi-  
 qué. Nous en avons traduit aussi fidèlement que possible les dis-  
 positions relatives à la correctionnalisation ; on verra qu'elle est  
 à peu de chose près la reproduction de la loi belge.

Loi du royaume de Sardaigne promulguée le 23 juin 1854.

Art. 1<sup>er</sup>. Les mineurs de seize ans qui n'auront pas de com-  
 plices majeurs de cet âge seront jugés par la voie correction-  
 nelle.

La chambre du conseil et la session d'accusation renverront,  
 dans ce cas, l'inculpé devant le tribunal de première instance,  
 qui jugera conformément aux articles 93 et 94 du Code pénal.

Lorsqu'il résultera de l'instruction écrite que l'inculpé a agi  
 sans discernement, la chambre du conseil ou la session d'accu-  
 sation, annulant le renvoi, déclareront qu'il n'y a pas lieu à  
 poursuivre, et pourront faire usage de la faculté attribuée aux  
 magistrats du tribunal par l'article 93 du Code pénal.

Art. 2. Dans les autres cas où, soit par raison d'âge, soit par  
 état d'esprit, soit par toute autre circonstance (excusative ou  
 atténuante), le fait qualifié crime ne sera punissable que de la  
 prison seulement à l'égard de tout inculpé, lorsqu'aux termes  
 de la loi il y a lieu à une diminution ou changement dans la  
 nature de la peine par la commutation de la reclusion ou de la  
 relégation en telle autre peine de prison, la session d'accusa-  
 tion et la chambre du conseil pourront renvoyer la cause devant

<sup>1</sup> M. Vigliani (Paul-Honoré) est peut-être le membre le plus distingué de  
 la magistrature sarde; de longues et sérieuses études sur le droit criminel  
 l'ont depuis longtemps mis à même de se prononcer en connaissance de cause  
 sur toutes les réformes criminelles dont notre législation peut être suscep-  
 tible. La meilleure démonstration de son mérite est d'ailleurs la haute fonc-  
 tion qu'il occupe à un âge où beaucoup d'hommes sont encore au début de  
 leur carrière. Nous lui avons déjà exprimé combien nous avons été sensible  
 à son indulgente appréciation ; il nous pardonnera la publicité que nous nous  
 sommes permis de donner à son opinion, qui après avoir été un éloge est  
 aujourd'hui pour nous une grande autorité.

le tribunal de première instance, qui prononcera par voie correctionnelle.

Ce renvoi, si la session d'accusation n'est composée que de trois juges, ne pourra être prononcé qu'à l'unanimité des voix.

Art. 3. Dans tous les autres cas où, aux termes de la loi, il y a lieu au passage d'une peine correctionnelle à la peine de simple police, la chambre du conseil pourra, à l'unanimité des voix, renvoyer le prévenu devant le tribunal ou le juge de police.

Le ministère public et la partie civile pourront former opposition à l'ordonnance de renvoi, aux termes des articles 234 et suivants du Code de procédure criminelle.

Art. 4. La sentence de la session d'accusation et l'ordonnance de la chambre du conseil qui, dans les cas de l'article précédent, ordonneront le renvoi soit devant le tribunal de première instance, soit devant le tribunal ou le juge de police, exprimeront les circonstances sur lesquelles ce renvoi sera motivé.

Le tribunal de première instance, le tribunal ou le juge de police à qui la cause aura été renvoyée ne pourra décliner la compétence pour le fait qualifié dans la sentence ou l'ordonnance de renvoi, nonobstant les dispositions des articles 10 et 11 du Code de procédure criminelle.

Néanmoins, lorsque les circonstances atténuantes admises par la session d'accusation ou la chambre du conseil ne ressortiront pas des débats, le tribunal de première instance pourra étendre la durée de la prison au maximum de la reclusion, aux termes de l'article 60 du Code pénal, et le tribunal ou le juge de police pourra doubler la durée de la prison et l'amende.

Si ensuite, par de nouvelles circonstances, il résultait que le fait fût un méfait de nature différente, on observera respectivement les dispositions de l'article 315 et celles du dernier alinéa de l'article 354 du Code de procédure criminelle (relatifs probablement aux renvois pour informations nouvelles).

L'article 5 attribue au juge de police la connaissance des délits de coups et blessures sans armes qui n'ont pas entraîné une incapacité de plus de cinq jours.

L'article 6 est relatif à la liberté provisoire sous caution.

Les articles 7 et 8 sont consacrés à mettre en harmonie avec les dispositions précédentes divers articles du Code pénal et du Code de procédure criminelle; mais étrangers à notre sujet:

nous nous dispensons de les traduire pour ne pas allonger outre mesure cet article déjà trop long.

Nous ajouterons pour finir que, dans ses *réflexions critiques*, le savant criminaliste a trop écouté le professeur; qu'il a trop considéré l'harmonie des Codes et pas assez l'insuffisance de la loi; et nous nous plaçons à croire que des réflexions plus profondes effaceront de son esprit, mieux que nos arguments, les craintes qu'il a exprimées avec tant de bienveillance et de talent dans la critique dont il a bien voulu nous honorer.

GUSTAVE ROUSSET.

---

#### ERRATA DU PREMIER ARTICLE.

- Page 357, ligne 24, *au lieu de* mouvement favorable ou antipathique; *supprimez* antipathique.
- 357, — 32, note : *au lieu de* ce qui se pratiquait dans ce cas, *lisez* ce qui se pratiquait dans *certain cas*.
- 384, — 5, *au lieu de* on ne peut rien dire, rien prévoir, *lisez* on ne peut tout dire ni tout prévoir.
- 375, — 4, *au lieu de* vols qualifiés atténués, les vols...., *lisez* vols qualifiés, des vols.
-

## BIBLIOGRAPHIE.

HISTOIRE POLITIQUE DES ÉTATS-UNIS DEPUIS LES PREMIERS ESSAIS DE COLONISATION FÉDÉRALE (1620-1789); par M. Édouard LABOULAYE, professeur de législation comparée au Collège de France, membre de l'Institut.

Compté rendu par M. PAUL PONT, docteur en droit,  
juge au Tribunal civil de la Seine.

M. Éd. Laboulaye nous donne aujourd'hui le cours qu'il a professé en 1849 au Collège de France sur la Constitution et l'histoire des États-Unis: L'ouvrage entier formera trois volumes, dont le premier contient l'histoire des colonies depuis 1620 à 1761, le second l'histoire de la révolution de 1761 à 1787; et le troisième l'histoire de la Constitution depuis 1787 à 1789. On voit que ce plan est plein de grandeur et d'intérêt. Ce qu'il a surtout de nouveau pour nous, c'est l'importance qu'il donne à l'histoire des colonies avant la révolution. D'ordinaire, l'histoire des États-Unis ne commence qu'avec la guerre de l'Indépendance. Deux mots sur la lutte des colonies et du parlement au sujet des taxes, quelques rapides indications sur l'organisation coloniale, voilà tout ce que nous savons. La raison en est simple.

Avant que la guerre de l'Indépendance n'eût attiré les yeux de l'Europe sur les colonies américaines, et que leur émancipation en eût fait l'un des plus grands États du monde, elles n'avaient en quelque sorte pas d'histoire: elles ne s'étaient point mêlées aux grands événements du XVIII<sup>e</sup> siècle; on les ignorait; elles grandissaient et s'enrichissaient dans le silence; et à un jour donné, elles s'étaient trouvées un peuple, sans que personne, ni elles-mêmes, s'en fût avisé auparavant. Mais depuis cette grande révolution, ce serait une erreur capitale de négliger l'histoire des colonies comme un sujet de peu d'importance; car c'est dans cette histoire qu'est le secret de l'affranchissement et de la grandeur si rapide des États-Unis. Les Américains eux-mêmes ne s'y sont pas trompés; leurs écrivains ont cherché avec soin et avec religion les documents qui pouvaient éclaircir cette histoire, et M. Bancroft, l'un des historiens les plus éminents de l'Amérique, a donné une histoire des colo-

nies dont M. Laboulaye nous apprend qu'il s'est beaucoup inspiré.

Que ne donnerait-on pas pour avoir les détails les plus précis sur les commencements de Rome et de Paris? Ces détails, nous les avons sur les commencements de l'Amérique. Ce peuple, qui peut compter aujourd'hui au nombre des cinq ou six plus grands peuples du monde, nous le voyons poindre au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle : quelques réfugiés, débarquant sur une terre déserte, sans autre force et sans autre richesse que la foi religieuse et la passion de la liberté, des villes fondées dans des pays en friche, une organisation politique déjà savante conciliant avec une sagesse admirable l'autorité et la liberté, une lutte persévérante contre les envahissements de la métropole, et surtout une simplicité de mœurs, une patience, un courage, une vertu publique et une moralité privée au-dessus de tout éloge : voilà l'histoire des colonies, voilà ce qui a formé ce peuple qui, inconnu, ignoré, s'est trouvé tout à coup au niveau des plus grands par l'énergie avec laquelle il a reconquis la liberté, et la modération avec laquelle il en a su jouir.

C'est ce peuple dont M. Laboulaye nous raconte l'histoire et se propose de nous expliquer les institutions.

Ce sujet, que le savant professeur avait choisi en 1849, avait alors un intérêt particulier. A cette époque, notre Constitution politique se rapprochait beaucoup de celle des États-Unis, et la comparaison de ces deux Constitutions avait une grande utilité pratique. Aujourd'hui cette comparaison n'a plus évidemment la même importance. Cependant l'auteur a pensé qu'elle pouvait être encore très-utile. Et en effet, l'histoire d'un peuple sage, d'une révolution courageuse et modérée, d'une Constitution forte et savante, sera toujours un bel exemple et une belle étude, même pour un peuple qui a adopté des formes politiques différentes.

M. Laboulaye nous fait sentir avec beaucoup de sagacité le caractère original du gouvernement des États-Unis. « Ce n'est pas, dit-il, un gouvernement fait de main d'homme, contre-épreuve moulée sur l'antique par des révolutionnaires érudits, élèves de Montesquieu ou de Mably : c'est le produit naturel de deux siècles de travail et de liberté ; c'est, comme le sentait Washington, le seul gouvernement qui pouvait convenir à cette forte race d'émigrants, à ce peuple de puritains qui, laissant à une patrie marâtre sa noblesse féodale et son clergé aristocra-

tique, avait emporté avec lui, comme deux trésors, et sa religion essentiellement républicaine, et toutes les libertés de la vieille Angleterre. »

*God and liberty*, telle est la devise du livre de M. Laboulaye, et telle est aussi la devise de l'histoire des États-Unis. C'est la religion qui a fondé les colonies américaines ; c'est elle qui y a conservé les mœurs, colonnes de la liberté. Quant à la liberté elle-même, les colons l'emportaient avec eux d'Angleterre, exilés par le despotisme : elle n'était pas pour eux une théorie, une utopie, mais comme une tradition domestique.

L'Amérique ne connut pas tout d'abord le principe de la liberté religieuse et de l'égalité des cultes, qu'elle adopta plus tard dans toute son étendue. Chassées d'Angleterre par la persécution, les colonies établirent elles-mêmes la persécution. Les puritains appliquèrent aux dissidents les lois et les châtimens qu'ils avaient fui eux-mêmes. C'est un des points les plus intéressants de l'histoire de M. Laboulaye que de voir commencer et se développer les principes de la liberté religieuse. Le premier apôtre de cette doctrine est le célèbre Roger Williams, de la colonie de Massachussets. Il demanda hautement la liberté religieuse, la séparation de l'Église et de l'État. « Les magistrats, disait-il, ne sont que les agents du peuple, les dépositaires de son autorité. On ne peut leur confier une autorité spirituelle ; car la conscience appartient à l'individu et non point à l'État. Le magistrat civil ne peut pas même intervenir pour préserver une Église de l'apostasie ou de l'hérésie ; son pouvoir ne s'étend qu'aux corps, aux biens, aux actes extérieurs des individus. »

Quelles que fussent la grandeur et la vérité de ces principes, ils n'attirèrent à leur auteur que la persécution et l'exil. Chassé de la colonie, il se réfugia chez les Indiens, dont il avait été auparavant le défenseur, en soutenant, contre toutes les idées de son temps, que la concession du roi d'Angleterre ne pouvait invalider le droit de propriété des indigènes. Ce fut là, sur un sol qui lui fut donné par deux sachems, qu'il fonda la ville de Providence, premier asile de la liberté religieuse aux États-Unis. A peu près à la même époque, une femme également célèbre, Anne Hutchinson, fut exilée aussi du Massachussets pour des opinions religieuses qui lui avaient attiré beaucoup de sectaires. Elle partit avec un grand nombre d'entre eux, et s'établissant dans les environs de Roger Williams, elle obtint

comme lui de la libéralité de ses amis l'île charmante de Rhode-Island, nom illustre dans l'histoire de l'indépendance. Ces petites colonies prospérèrent, malgré les persécutions du Massachusetts et obtinrent du long Parlement et de Charles II une charte où se trouve la première déclaration légale des principes de la liberté religieuse. On lira avec intérêt cet acte remarquable, rapporté par M. Laboulaye (p. 194). Mais signalons quelque chose de plus remarquable encore peut-être : c'est l'acte concernant la religion fait en 1649 par la colonie catholique de Maryland, l'un des premiers titres de l'une des plus grandes libertés, la liberté de conscience. « Attendu, dit l'acte, que la force faite aux consciences en matière de religion a été souvent de dangereuse conséquence dans les pays qui en ont usé, et pour assurer le plus tranquille gouvernement de ce pays, et pour mieux garder l'amour mutuel et l'unité parmi les habitants, personne dans cette province, pourvu qu'elle professe de croire en Jésus-Christ, ne sera troublée, molestée ou inquiétée dans sa foi ou dans l'exercice de sa religion, ni ne sera contrainte de croire ou d'exercer aucune religion contre son aveu, à la charge d'être fidèle au lord propriétaire, et de ne point conspirer contre le gouvernement établi. » Que l'on cherche en Europe, à la même époque; on ne trouvera nulle part, même dans les pays les plus civilisés, des principes aussi larges, aussi philosophiques, et une déclaration aussi nette.

Le second élément essentiel de la Constitution des États-Unis, était la liberté politique. Mais la liberté politique, comme nous le montre très-bien M. Laboulaye après M. de Tocqueville, repose en Amérique sur la liberté communale. Les États-Unis ne forment pas seulement une grande fédération, composée d'États particuliers; mais ces États eux-mêmes sont constitués comme l'Union, et chacun d'eux est une fédération de petits États, non pas souverains mais indépendants les uns des autres et du pouvoir central sur un très-grand nombre de points. Ces petits États (*Towns* ou *Townships*) sont analogues à ce que nous appelons canton : ils comprennent de cinq à six mille carrés, et de deux à trois mille habitants. Ces espèces de cantons ou de communes, s'administrent elles-mêmes, nomment tous les ans leurs magistrats. Là est la source de la liberté politique. Les citoyens, habitués à administrer eux-mêmes leurs communes, ont beaucoup moins de peine à comprendre les grands intérêts de l'État



qui ne sont après tout que les petits intérêts de la commune généralisés. En outre, comme le plus essentiel de la vie de la commune est entre ses mains, il ne reste au gouvernement central que les affaires les plus générales. De là, un moins grand intérêt du gouvernement central à opprimer les individus, et un moins grand intérêt des individus à troubler dans son exercice le gouvernement central. C'est ainsi que l'ordre se concilie avec la liberté.

Dans une lettre très-curieuse d'un des plus célèbres présidents de l'Union, John Adams, à un de nos publicistes du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'abbé Mably, nous lisons que la grandeur politique des États-Unis consiste surtout dans quatre institutions qui doivent être particulièrement étudiées de ceux qui veulent se rendre bien compte de leur histoire. Ce sont 1<sup>o</sup> les villes ou districts ; 2<sup>o</sup> les églises ; 3<sup>o</sup> les écoles ; 4<sup>o</sup> la milice. La liberté dans les districts et dans l'église, l'universalité de l'instruction et du service militaire, tels sont, dit John Adams, les sources principales de cette sagesse dans les conseils, de cette habileté, de cette bravoure militaire, qui ont produit la révolution américaine, et qui doivent être conservées comme les principes de la liberté, du bonheur et de la prospérité du peuple.

Il est impossible de parler des États-Unis, de leur supériorité politique, sans mettre le doigt sur une des plaies de leur civilisation ; c'est l'esclavage. M. Laboulaye nous explique l'origine de l'esclavage dans les États à esclaves. C'est le climat qui en est en grande partie la cause. Ce climat brûlant du midi, insupportable pour les blancs, s'est trouvé malheureusement approprié à l'organisation des nègres ; seuls, ils peuvent le supporter, et tandis que les ouvriers blancs mouraient à la peine, tandis que les Indiens indomptables préféraient la mort au travail servile, les nègres eurent seuls le triste privilège de la santé et de la docilité : on le leur fit payer par la servitude. Dans le nord, l'esclave noir coûtait plus cher et rapportait moins que l'ouvrier blanc : le nord affranchit ses esclaves. Dans le sud, c'est le noir qui est un bénéfice ; de là l'esclavage. Toute la question est là. On n'a point idée de l'indignité des lois de la Caroline du sud sur l'esclavage. Les Romains étaient moins barbares. Elles refusent à l'esclave le pécule ; elles interdisent au maître le droit d'affranchir les enfants de ses esclaves, voire même ses propres enfants qu'il aurait eus d'une esclave ; et l'on trouve le dernier

degré de l'inhumanité et de l'hypocrisie dans cet acte de 1712 destiné à tranquilliser les planteurs qui craignaient que le baptême n'affranchît l'esclave. « Comme la charité et la religion chrétienne que nous professons nous oblige à désirer le bien des âmes humaines, et afin que la religion ne serve pas de prétexte pour attaquer le droit et la propriété de personne, et en même temps pour que personne ne néglige de baptiser ses nègres ou ses esclaves, dans la crainte que ce baptême n'emporte affranchissement et liberté, il est dès à présent déclaré licite à tout nègre ou esclave de recevoir et de professer la foi chrétienne, et d'être baptisé; mais le baptême et la profession de foi chrétienne ne feront point que l'esclave soit affranchi ou mis en liberté. » En lisant de pareilles lois, on peut se consoler de n'avoir point des institutions politiques aussi avancées que celles de l'Amérique, et M. Laboulaye a raison de dire que malgré certains avantages, cette seule infériorité met la civilisation américaine beaucoup au-dessous de la nôtre.

On voit quel intérêt puissant peut avoir ce livre nouveau que nous annonçons à nos lecteurs. M. Laboulaye y a mis toutes les qualités de son esprit ferme et précis, de son savoir riche et varié, et surtout les accents d'une âme élevée, qui aime l'humanité et la liberté. De tels ouvrages, à la fois solides et animés, pleins de patience et de passion sont une véritable bonne fortune pour les amis de la science.

PAUL PONT.

## DES RAPPORTS EXISTANT DANS LES SOCIÉTÉS CIVILES

## ENTRE LES ASSOCIÉS ET LES TIERS.

Par M. V. THIRY, professeur à l'Université de Liège (Belgique).

Dans une dissertation qui a été publiée en cette *Revue* (t. V, p. 412), nous avons combattu l'opinion généralement suivie par la doctrine et par la jurisprudence, qui voit dans la société civile un être juridique investi des attributs de la personnalité, pouvant acquérir, posséder, aliéner en son propre nom, abstractivement des membres qui le composent. Nous croyons avoir démontré l'inexactitude de ce système, tant au point de vue des législations antérieures que de celle qui nous régit.

Depuis cette publication un fait nouveau est intervenu qui, en donnant à notre thèse l'appui d'une haute autorité, nous engage à la compléter, à en développer les conséquences les plus importantes pour la pratique. La Cour de cassation de Belgique, qui, à diverses reprises, et notamment par un arrêt que nous avons reproduit dans notre précédent travail, avait consacré *in terminis* l'opinion commune, vient dans une décision récente de la répudier et de rendre hommage aux vrais principes, en dépouillant la société civile du caractère de personnalité qu'elle lui avait à tort attribué. Comme nous avons reproduit la décision antérieure qui nous était contraire, nous croyons devoir aussi rapporter sommairement celle qui nous est favorable.

Plusieurs personnes s'étaient réunies en société civile, et y avaient apporté divers immeubles et d'autres biens. Il avait été stipulé au contrat que l'association ne prendrait pas fin par la mort d'un ou plusieurs de ses membres, qu'elle continuerait entre les survivants aussi longtemps qu'il en resterait deux. En vertu d'une autre clause de l'acte constitutif, les parts des prémourants devaient appartenir aux survivants. L'un des sociétaires mourut. La régie prétendit percevoir un droit de mutation, à raison de la transmission qui s'était opérée par ce décès de la part du défunt à ses coassociés. Ceux-ci résistèrent à la prétention du fisc, par ce motif principal que la société formant une personne morale, c'était à elle qu'appartenaient les biens sociaux pendant sa durée; qu'en conséquence l'être moral étant

propriétaire du patrimoine social après comme avant le décès de l'associé, aucune mutation ne s'était effectuée et aucun droit n'était dû.

La Cour suprême de Belgique, par arrêt en date du 22 juin 1855, accueillit le système plaidé par l'État. Voici un extrait de cette décision, qui est rapportée dans la *Pasicrisie belge*, année 1855, II, p. 346 :

« Attendu que si le contrat de société est considéré en droit »  
 » comme donnant naissance à un être moral, c'est *par une fiction purement théorique, conçue pour distinguer les biens qui*  
 » *appartiennent aux associés par indivis de ceux qui leur sont*  
 » *exclusivement propres; que cet être moral n'empêche donc pas*  
 » *que la propriété des biens de la société ne réside dans la per-*  
 » *sonne des associés, chacun pour sa part;*

» D'où la conséquence que lorsque les parts des associés pré-  
 » mourants sont acquises aux associés survivants en exécution  
 » d'une stipulation du contrat, il s'opère une transmission de  
 » propriété dans le sens des articles 4 et 69, § 5, n° 1, et § 7,  
 » n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII, et qu'en le décidant ainsi  
 » par l'interprétation du contrat dont il s'agit, le jugement dé-  
 » féré n'a contrevenu à aucun des textes cités à l'appui du pre-  
 » mier moyen. »

Ainsi, d'après la Cour régulatrice belge, ce n'est plus la société, être abstrait et chimérique, qui est propriétaire de l'actif social; il appartient pour des parts indivises aux associés. Si l'on qualifie l'association d'être moral, c'est par une façon de parler destinée à mieux faire distinguer les biens mis en commun de ceux qui sont restés propres aux membres de la communauté. Il est impossible, nous semble-t-il, de dénier plus formellement aux sociétés civiles la qualité de personne que la Cour leur avait reconnue dans son arrêt du 3 avril 1853.

Cette décision, en parfaite harmonie avec la doctrine que nous avons défendue, servira sans doute de guide à la jurisprudence belge dans les contestations qui pourront s'élever relativement à la nature des sociétés. C'est pourquoi il nous paraît utile de donner tous les développements que notre principe comporte, de préciser nettement les conséquences qui en découlent, afin qu'il ne présente pas de difficultés dans la pratique.

Nous avons rencontré d'ailleurs d'excellents jurisconsultes,

des esprits éminents, qui, sans combattre ouvertement notre manière de voir, hésitaient pourtant à l'adopter; non pas tant à cause de l'insuffisance de notre démonstration, qu'à cause de certaines difficultés portant sur les conséquences que nous avons présentées comme devant nécessairement en dériver. Ils ne critiquaient pas le principe en lui-même; mais s'attaquant à certaines propositions que nous avons indiquées comme en étant des corollaires, ils avaient peine à y souscrire; et cette répugnance s'étendait, par contre-coup, aux prémisses elles-mêmes, coupables de conduire à ces résultats inacceptables. Eh bien! c'est encore là une raison qui nous a engagé à revenir sur cette matière: nous avons voulu donner satisfaction à ces esprits judicieux en leur montrant que les difficultés dont ils s'effrayent sont susceptibles de recevoir une solution convenable; en faisant disparaître le vague qui se rencontre dans certaine partie de notre premier travail; en rectifiant enfin certaines propositions qui y sont contenues et qui nous paraissent aujourd'hui trop absolues. Tels sont les motifs qui nous ont décidé à écrire la dissertation actuelle.

Nous croyons, du moins dans l'état actuel des choses; avoir épuisé la question fondamentale relative au caractère de personnalité des sociétés civiles. Nous laisserons donc ce point à l'écart. Nous nous efforcerons seulement, dans ce travail, d'éclaircir quelques autres points importants, quoique secondaires, qui restent dans l'ombre: nous essayerons notamment de déterminer avec précision quelle doit être, dans l'opinion que nous avons soutenue, la position des associés vis-à-vis des tiers; à quelles règles les relations que nous venons d'indiquer doivent être soumises.

Lorsqu'on envisage les sociétés civiles comme étant douées de personnalité, rien n'est plus simple que le règlement des rapports de la personne morale d'une part, et des associés agissant en leur propre nom d'autre part, avec les tiers, c'est-à-dire avec leurs créanciers et leurs débiteurs. La société, comme telle, a ses créances et ses dettes; ses droits et ses obligations sont assujettis aux règles ordinaires, sans que les obligations ou les droits qui incombent ou qui appartiennent aux associés en leur nom personnel, puissent en modifier aucunement l'application. D'un côté la société, être abstrait et juridique, existe avec son patrimoine actif et passif; d'un autre côté, chaque as-

socié formant une personne physique, possède également un patrimoine qui ne se confond jamais avec celui de l'association. Ces patrimoines, ces droits, ces obligations existent juxtaposés. Les créanciers de la société, ayant l'être moral pour obligé, trouvent leur gage dans les biens qui lui appartiennent; ils peuvent donc poursuivre l'exercice de leurs droits sur le fonds social pendant la durée de l'association, et aussi après sa dissolution. Il en est tout autrement des créanciers personnels des associés : ceux-ci n'ayant pas traité avec la société, n'ont aucune prétention à élever sur les biens qu'elle possède; leur gage consiste uniquement dans le patrimoine de leurs débiteur; ils ne peuvent saisir que les choses qui en dépendent, sans jamais avoir d'action sur l'actif social, qui n'appartient pas même pour une portion indivise à leurs obligés. Seulement, lors de la dissolution de la société, lorsque l'être moral n'existera plus, quand toutes les dettes sociales auront été acquittées, et que le partage aura attribué à chacun son lot dans l'actif commun, ce lot entrant dans le patrimoine propre des associés, les créanciers pourront alors exercer leurs actions sur cette part échue à leurs débiteurs, comme sur tous les autres biens.

Ainsi, dans cette opinion, aucun contact, aucun mélange, aucune confusion ne sont possibles entre les obligations de l'être moral et celles existant à la charge personnelle des membres qui le composent; et il en est de même quant aux droits qui leur appartiennent; chacun conserve les siens : la société peut poursuivre ses débiteurs sans que ces derniers puissent lui opposer, en compensation, les créances qu'ils auraient contre des sociétaires; et réciproquement, les associés peuvent agir contre leurs débiteurs personnels sans que ceux-ci puissent leur opposer en compensation ce qui leur serait dû par l'association.

Les créanciers de la société ont donc, dans ce système, le droit exclusif de se faire payer sur le patrimoine social. De plus, comme ils sont en même temps créanciers des associés personnellement, ils ont encore le droit de poursuivre leur paiement sur le patrimoine particulier de ces derniers, concurremment avec leurs autres créanciers.

Nous sommes convaincu que la facilité avec laquelle se règlent les rapports juridiques de la société et de ses membres avec les tiers, dans le système de la personnalité, a beaucoup contribué à le faire accepter par la plupart des auteurs. On a

glissé légèrement sur le principe en lui-même, on a négligé de le soumettre à un examen attentif, à une discussion approfondie, séduit que l'on était par la merveilleuse simplicité et par l'équité apparente des conséquences qui s'y trouvaient renfermées. Il semblait sans doute que les prémisses d'où ces déductions, au premier abord si satisfaisantes, découlaient comme de source, ne pouvaient être entachées d'erreur. Ajoutons à cela la puissance des mots, l'habitude d'employer le terme *société* pour désigner la collection des individus qui la constituent, et nous aurons l'explication vraisemblable de la théorie erronée qui prédomine aujourd'hui sur la nature des sociétés civiles. On a dit d'abord : *la société doit, acquiert, possède*, par abréviation, au lieu de dire : *les individus réunis en société doivent, acquièrent*, etc. ; on savait très-bien que le mot *société* n'était employé que pour éviter une périphrase ; puis peu à peu ce sens s'est oublié, s'est perdu, on a pris au pied de la lettre ce qui n'était qu'une forme de langage. C'est ainsi, pensons-nous, que s'est accrédité le système que nous avons combattu.

Lorsqu'on rejette, comme nous le faisons, l'idée de la personnalité des sociétés civiles, il n'est pas, à beaucoup près, aussi facile de déterminer les règles de droit qui doivent régir les relations de l'association et de ses membres avec les tiers. Il semblerait, au premier abord, qu'en raisonnant logiquement on dût arriver à des conséquences diamétralement opposées à celles que l'on obtient dans le système contraire, et c'est en effet ce que nous avons pensé en écrivant notre premier article, où, exposant l'importance pratique de la question soumise à notre examen, nous nous exprimions ainsi (p. 416) :

« Si la société ne constitue pas une personne morale, il faudra adopter le contre-pied des conséquences que je viens d'énumérer : les biens sociaux ne seront pas la propriété de l'association comme telle ; ils appartiendront pour une part indivise à chacun de ses membres.

» Les créances et les dettes feront partie du patrimoine actif et passif des sociétaires. Les créanciers sociaux ne primeront pas, sur les biens de l'association, les créanciers personnels des associés : il n'y aura qu'une classe de créanciers qui viendront tous en concurrence.

» Les débiteurs de la société pourront opposer en compensation les créances qu'ils auront contre les associés personnel-

» lement, pour la part qui revient à ceux-ci dans les créances  
 » sociales; et *vice versé* un associé pourra opposer à son créan-  
 » cier personnel la compensation des sommes que ce dernier  
 » devra à la société proportionnellement à sa part dans ces  
 » sommes. »

En écrivant ces lignes, notre attention était concentrée exclusivement sur la principe même que nous examinions et sur la démonstration que nous voulions en faire, qui était notre but. Nous n'avions pas soumis à une analyse particulière, scruté isolément chacune des conséquences à en déduire : nous raisonnions logiquement, mais nous ne prenions pas garde que le principe d'où nous partions devait se combiner avec un autre que nous établissions cependant dans notre travail. Aussi croyons-nous aujourd'hui que ces propositions sont trop absolues, qu'elles ont besoin d'être expliquées, et ce sont ces explications que nous allons fournir.

Avant de rechercher quelles règles, sous l'empire du Code civil, sont appelées à régir les rapports de la société et des associés avec les tiers, nous pensons qu'il n'est point sans importance de rappeler quelle était la doctrine du droit romain et de l'ancien droit français en cette matière.

En droit romain d'abord, la société ne formant pas une personne morale, mais seulement une communauté entre les associés, il en résultait que la société comme telle ne possédait aucun droit, n'était soumise à aucune obligation, n'était ni créancière ni débitrice; les associés, en leur nom propre, étaient tenus des dettes et jouissaient des créances acquises pour le compte de l'association. Ainsi des dettes sociales avaient-elles été contractées, pour savoir sur quels biens les créanciers pouvaient poursuivre leur paiement, il y avait des distinctions à faire. Tous les associés avaient-ils part aux contrats, les créanciers pouvaient agir tant contre leurs biens personnels que contre leur part dans la société, et cela jusqu'à concurrence de la fraction qu'ils devaient supporter dans les dettes. Un ou quelques-uns seulement avaient-ils figuré dans les conventions, eux seuls étaient obligés vis-à-vis des créanciers qui n'avaient point d'action contre les autres, si ce n'était dans certains cas l'action *de in rem verso*.

Comme on le voit, les créanciers de la société n'avaient d'action que contre les sociétaires qui s'étaient engagés envers eux,



et ils pouvaient exiger leur paiement tant sur les biens propres de leurs débiteurs que sur la portion appartenant à ceux-ci dans l'actif social.

Si un associé contractait des dettes pour son compte personnel, en dehors des affaires sociales, ses créanciers avaient absolument les mêmes droits que les créanciers sociaux. Ils pouvaient saisir les biens du débiteur restés hors de la société; ils pouvaient même se venger sur la part indivise qui lui appartenait dans les choses communes: car, 1° non-seulement le débiteur en était propriétaire, mais il pouvait en disposer (loi 68, D., *Pro socio*, 17, 2); s'il le pouvait directement, rien ne s'opposait à ce qu'il le fit indirectement en contractant des obligations; 2° si les coassociés eussent voulu objecter aux créanciers les obligations que leur collègue avait contractées vis-à-vis d'eux par la convention constitutive de la société, ceux-ci eussent répondu avec succès que ces obligations étaient pour eux *inter alios actæ*, et qu'elles ne pouvaient leur nuire.

Quant aux dettes actives de la société, elles appartenaient à ceux de ses membres qui avaient participé à leur création. Lorsque tous avaient figuré au contrat, tous avaient une part dans la propriété de la créance. Si un ou quelques-uns seulement avaient été parties dans la convention, c'est à eux que la créance appartenait.

Il résulte de ce que nous venons de dire que la société, comme telle, n'était pour ainsi dire pas connue des tiers, n'existait pas pour eux; il n'y avait pour le public que des individus, les associés; et les droits et les obligations auxquels les affaires sociales donnaient naissance restaient, du moins vis-à-vis des tiers, personnels à ceux qui avaient concouru à les créer.

Les mêmes principes étaient suivis dans l'ancienne jurisprudence française, au témoignage de Pothier. Voici comment il s'exprime dans son *Contrat de société*, n° 105 :

« Lorsque la dette n'a été contractée que par l'un des associés, il n'y a que celui qui l'a contractée qui en est tenu envers le créancier, sauf à lui à s'en faire faire raison par son associé.

» Cela aurait lieu quand même, par le contrat, il aurait ex-primé qu'il contractait pour le compte de sa société, tant en son nom qu'au nom de son associé. Si néanmoins il était justifié ou que son associé lui avait donné effectivement pouvoir,

» ou que les dettes ont tourné au profit de la société, l'autre associé serait tenu de la dette envers le créancier pour la part qu'il a dans la société. »

On voit par cette citation que les dettes contractées pour compte de la société étaient considérées comme personnelles à ceux qui les avaient créées. Il en résultait que les créanciers pouvaient poursuivre leur paiement tant sur les biens restés propres à leurs débiteurs que sur leur part dans le fonds social.

De la même manière les créanciers des associés pour dettes extra-sociales pouvaient aussi exercer leurs droits sur l'ensemble des biens de leurs débiteurs, sur ceux faisant partie de la société comme sur les autres; car les débiteurs étaient propriétaires de leur part indivise, et pouvaient l'aliéner comme en droit romain.

Que les créanciers auxquels les associés devaient quelque chose en nom personnel et non pour compte de la société, eussent le droit d'agir contre les biens que nous venons d'indiquer, cela découle non-seulement des principes précités, mais est en outre prouvé par l'autorité de Pothier. Dans son *Premier appendice au Contrat de société*, article 2, il examine la question de savoir comment les quasi-associés, les communistes, sont tenus des dettes dans la simple communauté, et il détermine leurs obligations comme il l'avait fait précédemment pour les associés, dans la société. Il se sert des mêmes termes; les obligations des uns et des autres sont identiques. Semblables aussi sont les droits de leurs créanciers. Or il est bien certain que dans l'ancien droit, comme aujourd'hui, quand des individus étaient en communion, les dettes qu'ils contractaient pouvaient être exécutées sur tous leurs biens, tant sur ceux qui faisaient l'objet de la communion que sur ceux qui formaient la propriété individuelle des communistes, et sans distinguer si ces dettes avaient été créées dans l'intérêt de la communauté ou dans l'intérêt propre d'un ou plusieurs de ses membres. Il en devait donc être ainsi à l'égard des associés, puisque, selon notre auteur, leurs obligations étaient les mêmes. Pothier n'eût pas manqué de signaler la différence, s'il en eût existé à ce sujet.

Ainsi, dans le droit romain et dans l'ancienne jurisprudence, la société n'ayant point d'existence extérieure, les dettes contractées pour son compte étaient personnelles aux associés qui les avaient créées; ils pouvaient être actionnés sur leurs biens

propres et sur leur part dans le fonds commun. Les créanciers des associés, pour dettes extrasociales, avaient les mêmes droits que les créanciers de l'association.

Nous allons rechercher maintenant quelles sont, sous l'empire de notre législation, les règles qui doivent gouverner les rapports de la société et des associés personnellement avec le public, avec les tiers, avec leurs créanciers.

Pour bien développer et faire saisir ces principes, il convient d'examiner séparément les relations dans lesquelles la société et ses membres peuvent se trouver placés. A cet égard nous distinguerons : 1° les rapports de la société avec ses créanciers, 2° ceux des associés avec leurs créanciers personnels.

*1. Des rapports de la société avec ses créanciers.* — La société, c'est-à-dire la réunion des associés, se trouve obligée vis-à-vis des tiers toutes les fois qu'un fait d'où un engagement peut dériver a été accompli pour le compte de l'association, par ceux qui ont pouvoir d'administrer. Les tiers, les créanciers qui ont acquis des droits contre elle, peuvent en poursuivre l'exercice et sur le fonds social et sur les biens qui composent le patrimoine indirect de chaque sociétaire, aussi bien pendant l'existence de la société qu'après sa dissolution. Qu'ils puissent saisir l'actif social, se venger sur les choses qu'il comprend, cela ne peut pas être contesté : quelles objections sérieuses seraient opposées à leurs poursuites ? Les associés se sont obligés envers eux en qualité de membres de l'association, soit par eux-mêmes, soit par mandataires : ils sont tenus de la dette sur tous leurs biens, sans distinguer s'ils sont ou non entrés dans la société. Il y a d'autant plus de raison de décider que les créanciers peuvent poursuivre l'exécution de leurs droits sur la part qui appartient à chacun de leurs débiteurs dans l'actif social, que les obligations dont nous parlons ont été souscrites dans l'intérêt commun, qu'elles constituent des actes nécessaires au développement, à la marche de la société, à la réalisation du but en vue duquel elle s'est formée. Rien de plus naturel et de plus équitable dès lors que les biens apportés dans la communauté, pour poursuivre ce résultat final, servent à solder les engagements contractés en vue de la même fin. Il est donc à la fois conforme aux principes du droit strict et aux exigences de l'équité naturelle que les biens sociaux servent, pendant l'existence de l'association, à acquitter les dettes contractées dans

son intérêt, et soient soumis aux actions de ses créanciers.

Il est évident aussi que, lorsque la société vient à se dissoudre par une cause quelconque, ses créanciers conservent la faculté d'agir contre les biens qui lui appartenaient pendant son existence.

Mais en même temps que les créanciers de la société peuvent poursuivre le recouvrement de leurs créances sur les biens de celle-ci, ils peuvent également diriger leurs actions sur l'avoir resté propre aux associés, sur les choses qu'ils possèdent en dehors de l'association. Cela ne peut être un seul instant douteux : ce sont, en effet, les associés personnellement, et non la société, être idéal que nous ne reconnaissons pas, qui se trouvent obligés ; ils sont tenus envers les créanciers pour des parts égales, aux termes de l'article 1863 ; il s'ensuit nécessairement que leur patrimoine répond de ces engagements, conformément à l'article 2093.

On voit que les créanciers sociaux sont dans une position analogue à celle des créanciers d'une succession qui peuvent se faire payer sur l'actif héréditaire et sur les biens personnels de l'héritier, pourvu que celui-ci n'ait point accepté sous bénéfice d'inventaire.

En ce qui concerne les rapports des créanciers sociaux avec les membres de la société, les principes que nous venons d'établir ne diffèrent en rien de ceux que l'on suit pour régler ces relations dans le système qui considère l'association comme une personne morale. Quoique partant d'un point opposé, nous arrivons au même résultat que nos adversaires ; mais nous avons l'avantage de déduire notre conclusion de prémisses exactes.

*II. Des rapports des associés avec leurs créanciers personnels.*  
— C'est principalement en ce point que la théorie que nous présentons s'écarte des idées reçues. Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, lorsqu'on attribue à la société le caractère de personnalité, on arrive tout naturellement à conclure que les tiers qui ont traité avec les associés individuellement, agissant pour leurs affaires propres, et qui ont acquis des droits contre eux, ne se trouvent dans aucun rapport juridique avec l'être moral, n'ont rien à prétendre sur son patrimoine. Ce patrimoine étant la propriété de la personne fictive, et celle-ci n'étant point engagée par les obligations que ses membres ont contractées pour leur propre compte, on ne comprendrait pas qu'il pût

être compromis par ces obligations. Les biens personnels des sociétaires sont donc le seul gage de leurs créances.

Lors, au contraire, qu'on se place à notre point de vue et qu'on dénie à l'association la qualité de personne; lorsqu'on affirme que la propriété des biens sociaux réside indivisément sur la tête de chacun des membres qui la constituent, comme alors il n'y a pas plusieurs patrimoines distincts existant l'un à côté de l'autre, c'est-à-dire le patrimoine de la société comme telle, et celui de chaque associé, on est d'abord porté à conclure, comme nous l'avons fait dans notre premier travail, que les créanciers personnels des associés et ceux de la société se confondent dans une seule et même catégorie et qu'ils ont tous des droits égaux. La société n'étant rien par elle-même, n'existant pas distinctement de ses membres, ces derniers seuls sont obligés vis-à-vis des tiers; et peu importe qu'ils le soient en nom propre ou comme faisant partie de l'association: dans un cas comme dans l'autre, les créanciers ont les individus pour débiteurs; les biens appartenant à ceux-ci doivent leur servir de gage, sans distinguer entre ceux qui ont été apportés en société et ceux qui leur sont restés propres. Ils peuvent donc poursuivre le recouvrement de leurs créances sur les uns comme sur les autres. Il résulterait de là que les créanciers personnels des sociétaires doivent venir en concurrence avec les créanciers de la société, tant sur l'actif social que sur le patrimoine propre de ses membres, aussi bien pendant l'existence de l'association qu'après sa dissolution; qu'en un mot, ils ont le droit de procéder, à l'égard des biens sociaux, de la même manière qu'ils le pourraient à l'égard de toutes autres choses appartenant indivisément à leurs débiteurs.

Ces décisions, quoiqu'elles découlent logiquement, rigoureusement du principe que la société n'est point une personne, ces décisions, inattaquables en droit romain et dans l'ancienne jurisprudence française, seraient vicieuses aujourd'hui, parce qu'elles reposent sur une base trop étroite. Le principe que nous venons de rappeler ne peut plus, sous l'empire du Code civil, à la différence des législations antérieures, servir isolément à résoudre la question qui nous occupe; il doit se combiner avec un autre de création moderne, et c'est de cette combinaison qu'il est seulement possible de tirer les règles concernant les rapports des associés avec leurs créanciers personnels.

Nous avons prouvé dans notre premier article que, bien que la législation du Code eût emprunté aux lois romaines et au droit français les principes relatifs à la nature et aux effets de la société civile, il les avait cependant modifiés à certains égards. Sous l'empire de ces deux législations, chaque associé pouvait vendre la part qui lui appartenait dans les choses sociales (L. 68, D., *Pro soc.*). De telles aliénations étaient valables; l'acquéreur pouvait s'en prévaloir vis-à-vis des coassociés du vendeur, sans que ces derniers pussent lui opposer les obligations résultant du contrat de société, auxquelles il était étranger, et qui n'avaient d'effet que pour le vendeur lui-même et pour ses successeurs universels. Au contraire, l'article 1860 défend aux associés non administrateurs de disposer de tout ou partie des choses appartenant à l'association. Nous avons expliqué cette disposition en disant que le législateur s'était, en ce point, écarté des lois antérieures parce que celles-ci étaient contraires à la nature du contrat de société, au but qu'on se proposait en le formant, aux services qu'il était destiné à rendre aux hommes en réunissant leurs forces et leurs efforts pour les faire converger vers un même but. Il était en effet irrationnel d'admettre qu'un membre de la société, bien qu'il fût propriétaire des choses sociales pour une part indivise, pût, en aliénant cette part, enrayer l'action commune et rendre irréalisable peut-être le but pour la poursuite duquel on s'était réuni. Les obligations que les associés avaient contractées les uns envers les autres devaient, sinon d'après les principes de l'ancien droit romain, du moins d'après ceux de l'équité et de la raison, invalider les actes de disposition que l'un d'entre eux pourrait consentir au mépris de ses engagements. De même, avons-nous dit, que le propriétaire d'un immeuble, qui l'a donné en location, ne peut la vendre ensuite au mépris des droits du preneur, de même l'associé copropriétaire des biens qui composent l'actif commun ne peut en disposer au préjudice de l'association, pendant sa durée. Ainsi que l'acquéreur de l'immeuble loué est forcé par l'article 1743 de respecter le bail qui a une date certaine antérieure à son acquisition, ainsi, selon l'article 1860, le tiers qui aurait acheté la part indivise d'un membre de la société dans une chose appartenant à cette dernière, ne pourrait, à son préjudice, se prévaloir de son acquisition.

Cette explication, en même temps qu'elle met la disposition

précitée en harmonie avec notre système, nous fournit l'idée fondamentale à l'aide de laquelle nous déterminerons les rapports des associés vis-à-vis de leurs créanciers personnels, et les droits qui appartiennent à ceux-ci sur les biens de leurs débiteurs et sur ceux de la société.

S'il est vrai (et cela est incontestable en présence de l'article 1860) que les membres de la société ne peuvent aliéner la portion indivise qu'ils ont dans l'actif social, par une conséquence nécessaire, il faut bien reconnaître qu'ils ne le peuvent pas davantage par des actes de disposition indirecte, notamment au moyen d'obligations qu'ils contracteraient. On ne comprendrait pas pourquoi la loi, prohibant les premières, aurait autorisé les secondes, qui ne sont pas moins contraires à l'intérêt collectif, au développement, à la prospérité de l'association. Qu'importe, en effet, à la société qu'un de ses membres vende directement la part qui lui compète dans telle chose commune, ou qu'en vertu d'engagements qu'il a souscrits, ses créanciers viennent saisir cette part? Dans un cas comme dans l'autre, elle rencontre un obstacle, une entrave à l'accomplissement de ses desseins; dans un cas comme dans l'autre, l'associé manque aux obligations qu'il s'est imposées vis-à-vis de ses consorts, et dont la principale consiste à mettre et à laisser en commun les biens qu'il a promis pour être employés dans l'intérêt de tous.

Il résulte forcément de ces considérations qu'un sociétaire ne peut, en contractant des dettes, conférer à ses créanciers le droit de saisir la part qui lui appartient, soit dans l'actif social, soit dans telles choses particulières de cet actif; ce serait contrevenir à l'article 1860. Ses créanciers ne peuvent donc exercer leurs actions sur cette catégorie de biens, quoiqu'ils soient dans le patrimoine de leur débiteur. Ainsi, il est vrai de dire que, pendant l'association, les créanciers sociaux auront le droit exclusif d'agir contre l'actif commun, tandis que les créanciers personnels des associés n'y pourront rien prétendre, et devront restreindre leurs poursuites aux biens qui appartiennent en propre à leur débiteur, et dont ils partageront le prix par concurrence avec les premiers.

Puisque ces créanciers sont sans action sur l'actif social pour obtenir le paiement de leurs créances, il faut en conclure que s'ils devenaient débiteurs de la société, c'est-à-dire des associés

traitant en cette qualité, ils ne pourraient lui opposer la compensation de ce qui leur serait dû par un de ses membres. Par exemple, *Pierre*, associé, doit en son nom personnel et pour son propre compte 1,000 francs à *Paul*; ensuite celui-ci achète des associés comme tels, c'est-à-dire agissant en cette qualité, une chose appartenant à l'association; le prix qui est de 3,000 francs n'est pas payé. Eh bien! l'acheteur ne pourra compenser, même pour partie, sa dette envers la société avec la créance qu'il a contre *Pierre*. Il semblerait que ce dernier ayant une part dans la créance sociale, étant créancier de *Paul* pour cette part, tandis que d'un autre côté il est son débiteur, la compensation légale dût s'opérer jusqu'à concurrence de sa part dans la créance de la société. Mais il n'en est rien, parce que *Pierre*, quoique propriétaire d'une partie de cette créance, n'aurait pas pu l'aliéner aux termes de l'article 1860; il n'aurait pu la donner en paiement; ses créanciers n'auraient pas pu la saisir; d'où il doit résulter qu'une aliénation de cette portion ne peut s'effectuer par la voie de la compensation, pas plus que par toute autre.

Supposons, au contraire, que *Paul* soit créancier de la société et qu'il devienne par la suite son débiteur, il en sera tout autrement, c'est-à-dire qu'ici la compensation légale s'effectuera jusqu'à concurrence de la plus faible des deux créances. La raison en est que, comme nous l'avons dit plus haut, les créanciers sociaux peuvent poursuivre leur paiement sur les biens de la société et sur les créances aussi bien que sur les autres choses; rien ne s'oppose donc à ce qu'une créance sociale soit donnée en paiement, et conséquemment rien ne fait obstacle à la compensation.

Imaginons une dernière hypothèse : *Paul*, créancier de la société *Pierre, Jacques et Jean*, pour une somme de 1,200 fr., devient ensuite débiteur personnel de *Pierre* pour une somme de 400 francs. Dans ce cas, la compensation aura lieu jusqu'à concurrence de cette dernière somme; par le motif que *Paul*, créancier de l'association, peut poursuivre son paiement sur tous les biens qui se trouvent dans l'actif commun, comme sur les biens propres des associés; dès lors la somme qu'il doit à *Pierre* personnellement peut servir à payer la part que ce dernier doit supporter dans la dette sociale. En d'autres termes, il pourrait, pour se faire payer de la créance qu'il a contre la société,



mettre la main sur les biens qui appartiennent à *Pierre*, l'un des associés, et conséquemment aussi sur les créances; donc la créance que *Pierre* a contre *Paul* peut servir à éteindre, pour partie, la créance que *Paul* a lui-même contre l'association.

Du principe que les créanciers personnels des sociétaires n'ont pas d'action contre les biens communs pendant la durée du contrat de société, il suit encore que si l'un des associés est marié, l'hypothèque légale appartenant à sa femme pour garantir sa dot, ses conventions matrimoniales, etc., ne peut frapper les immeubles dépendants du fonds commun au détriment de la société. Mais nous devons expliquer notre pensée : le mari ne pouvant pas aliéner la part indivise qu'il a dans les immeubles sociaux, ne peut, par conséquent, les grever d'hypothèques, en ce sens que les créanciers personnels, en faveur desquels il les aurait établies, ne pourront saisir et faire vendre les biens grevés pour se faire payer sur le prix par préférence aux créanciers de la société. Or, si l'associé ne peut conférer d'hypothèque conventionnelle sur sa part dans les immeubles parce qu'il n'en a pas la disposition, l'hypothèque légale ne peut non plus les atteindre. Si donc, pendant que la société existe, la femme se trouve, par suite d'une séparation de biens judiciaire, dans le cas d'exercer son hypothèque légale pour effectuer ses reprises, elle ne pourra prétendre le faire sur la part indivise qui appartient à son mari dans les immeubles de la société : cela constituerait une aliénation défendue par l'article 1860 ; la femme ne pourrait pas même provoquer le partage de ces immeubles conformément à l'article 2205 du Code ; elle doit laisser leur cours aux conventions sociales.

Seulement, lors de la dissolution de la société, si des immeubles tombent au lot du mari, comme par l'effet rétroactif du partage ils seront censés lui avoir appartenu dès le moment de leur entrée dans l'actif commun, l'hypothèque de la femme les grevera aussi à partir de ce moment. Elle sera donc préférée sur le prix de ces immeubles aux autres créanciers personnels du mari auxquels il aurait conféré des hypothèques postérieurement. Mais il est bien entendu que l'hypothèque légale de la femme ne viendra s'exercer qu'après celles que la société, par l'intermédiaire de ses gérants ayant pouvoir à cet effet, aurait consenties sur les mêmes immeubles. Par exemple, le fonds A est acquis par la société le 1<sup>er</sup> janvier 1850. En 1852, la société

donne une hypothèque sur ce bien pour garantir une de ses dettes; en 1855 l'association se dissout, et le partage fait tomber l'immeuble au lot d'un sociétaire marié. Quoiqu'il en soit censé propriétaire dès 1850, et que l'hypothèque légale de sa femme soit aussi censée dater de cette époque, elle sera cependant primée par celle que la société a concédée en 1852. La raison en est simple : la société pouvait aliéner le fonds à son gré et le soustraire ainsi à l'action hypothécaire de la femme; or elle l'a aliéné partiellement en le grevant d'hypothèque; le mari ne le reçoit dans son lot que diminué par l'établissement de cette charge, et la femme ne peut avoir des droits plus étendus que le mari lui-même. Il en serait ainsi de tous autres droits réels établis par la société; ils devraient être respectés.

La théorie que nous exposons relativement aux droits des créanciers personnels des associés pendant que la société subsiste, et qui repose sur notre interprétation de l'article 1860, ne diffère en rien dans ses résultats de celle à laquelle aboutit le principe de la personnalité. Dans l'une comme dans l'autre, ces créanciers n'ont d'action que contre les biens propres de leurs débiteurs et non sur les biens sociaux, tandis que les créanciers de l'association peuvent agir sur tous indistinctement.

Ainsi les créanciers de la société, tant qu'elle existe, sont préférés aux créanciers personnels de ses membres sur l'avoir commun. En est-il encore de même après la dissolution de la société? les créanciers des associés ne peuvent-ils, même alors, se venger sur la part qui appartient à leurs débiteurs dans les biens sociaux qu'après que les créanciers de la société ont été entièrement désintéressés, ou bien les droits de tous ne deviennent-ils pas égaux, et tous ne sont-ils pas confondus alors dans une catégorie unique, ayant indistinctement pour gage les biens de leurs débiteurs?

Ici, la solution à laquelle nous nous arrêtons diffère de celle que l'on donne à cette question dans l'opinion qui considère la société comme une personne.

Dans cette doctrine, après la dissolution de l'être moral comme pendant son existence, ses biens doivent servir d'abord à payer ses dettes; l'actif compris dans son patrimoine doit être employé à en éteindre le passif, et c'est le surplus seulement de cet actif qui doit revenir aux créanciers personnels des associés.

Quant à nous, nous pensons que la question doit se résoudre dans le sens opposé; que lorsque la société a pris fin, tous les créanciers ont des droits identiques; que ceux de l'association et ceux des coassociés doivent venir en concurrence sur tous les biens appartenant à leurs débiteurs, peu importe que ces biens proviennent de la société ou d'ailleurs.

Voici comment nous justifions cette proposition :

Par le contrat constitutif, chaque associé a promis de verser son apport, et en outre de laisser cet apport en commun, ainsi que tous les autres biens qui pourraient être postérieurement acquis, afin qu'ils puissent être employés pour le plus grand avantage de tous. On comprend donc que pendant que la convention sociale produit ses effets, l'on ne puisse, soit directement par des aliénations, soit indirectement par des engagements, contrevenir à cette promesse et priver la société du droit qu'elle possède d'employer les choses communes conformément à ce que son intérêt commande. La part de chaque sociétaire est frappée d'indisponibilité tant que l'association subsiste. Mais à sa dissolution, l'obligation que le pacte constitutif imposait aux parties est évidemment éteinte; elle n'a plus d'ailleurs aucune raison d'être : elle existait afin que la société put fonctionner selon sa destination et atteindre le but qu'on s'était proposé. Or, ce but est atteint ou bien il est abandonné, puisque l'état de choses organisé pour sa poursuite a cessé d'être, et l'obligation dont nous parlons ne peut plus lui survivre. L'indisponibilité qui en était une conséquence se trouve levée. Il ne reste plus entre les anciens associés qu'une communauté ordinaire, qu'un état d'indivision qui n'empêche pas les communistes d'aliéner leur part à leur gré. L'art. 1860 ne peut plus recevoir d'application, et dès lors rien ne s'oppose à ce que les créanciers personnels des communistes exercent leurs actions contre la part indivise qui appartient à leur débiteur dans la communauté, en suivant le prescrit de l'article 2205 du Code civil; pourvu, bien entendu, que les biens n'aient pas été aliénés par la société. Manifestement aussi les créanciers ne pourront agir qu'en respectant les droits réels qui auraient été consentis par la société et qui constituent des aliénations partielles.

Nous ne nous dissimulons pas que l'on pourra faire à cette doctrine certaines objections : bien loin de vouloir les taire, nous tâcherons de les prévoir et de les présenter dans toute leur

force. C'est une tactique puérile que de passer sous silence, ou d'amoindrir les raisons de ses adversaires pour les réfuter plus facilement. Elle ne peut en tout cas nous convenir, à nous qui n'avons d'autre but que la recherche de la vérité.

Voici ce que l'on pourra nous opposer :

1° Chaque associé, dira-t-on, en contractant l'association, s'est engagé à mettre et à laisser en commun non-seulement son apport, mais encore toutes les autres choses qui seraient acquises pour compte de la société pendant sa durée. Celle-ci peut, sans conteste, en disposer, les aliéner lorsqu'elle le juge convenable et utile à ses intérêts. Or, si elle peut les aliéner à son gré, pourquoi ne le pourrait-elle pas en contractant des obligations vis-à-vis des tiers? Ces obligations constituent des aliénations indirectes des choses sociales au profit des créanciers. Comment! vous reconnaissez que pendant l'existence de l'association les biens qui lui appartiennent sont le gage de ses créanciers, à l'exclusion de tous autres, et vous voudriez qu'à la dissolution ce gage leur échappât, en ce sens du moins qu'ils dussent en partager le prix avec les créanciers personnels des associés? Ils verraient leurs droits restreints, réduits à rien peut-être, par la dissolution de la société, c'est-à-dire par un fait qui leur est complètement étranger!

2° Les principes du droit s'opposent à l'admission de cette solution : lorsqu'il s'agit d'une masse, d'une communauté, d'un patrimoine enfin, on ne peut jamais envisager les biens isolément sans se préoccuper des dettes; toujours il faut les considérer ensemble, parce qu'ils sont dans une corrélation intime, nécessaire; il n'y a de biens que dettes payées : *non sunt bona nisi deducto ære alieno*; cette règle est aussi vieille que le droit lui-même, et l'on en trouve des applications dans une foule de matières : dans les successions, les donations, les legs, la communauté; elle doit également s'appliquer au contrat de société, car elle ne fait qu'exprimer une proposition de sens commun. S'il en est ainsi, les dettes de la société doivent d'abord être payées sur les biens dont se compose son actif; c'est le surplus seulement, ce qui reste après leur extinction, qui, formant la part des associés, entrant dans leur patrimoine propre, devient la garantie de leurs créances.

3° L'équité ne proteste-t-elle pas aussi contre le résultat opposé? Les tiers, les créanciers qui ont traité avec les associés en cette

qualité, n'ont-ils pas contribué à la prospérité de l'association ; les contrats faits avec eux pour les affaires communes n'ont-ils pas coopéré à l'accroissement de son patrimoine ; les dettes contractées vis-à-vis d'eux n'ont-elles pas été des moyens de lucre pour la société ? Et n'est-il pas dès lors souverainement juste que le patrimoine social soit employé à les payer, par préférence aux créanciers qui ont traité avec des associés pour les affaires personnelles de ces derniers, et qui n'ont pas contribué à l'accroissement de la communauté ? Il y aurait une révoltante iniquité à admettre les créanciers personnels à partager le prix des biens sociaux, tant que les dettes de la société n'ont point été éteintes.

4° Supposons enfin, peut-on dire, qu'un des sociétaires soit créancier de la société ; qu'il ait, par exemple, fait des dépenses pour elle ou qu'il ait acquitté de sa caisse particulière certaines dettes communes, évidemment il aura droit, dans les biens sociaux, à une part plus forte que les autres ; on devra lui tenir compte des sommes qu'il a déboursées, et on le fera en lui attribuant, jusqu'à due concurrence, une part supérieure à celle de ses consorts ; ou bien il prélèvera, avant le partage, la valeur de ce quibus payé pour le compte commun sans que les créanciers personnels des associés puissent s'y opposer ; cela résulte des articles 829, 830 et 1470 du Code civil : preuve évidente que les biens de l'association servent à payer les dettes de celle-ci. Or, si l'on suppose que les dettes n'ont point été soldées par un associé, qu'elles subsistent, les créanciers n'auront-ils pas autant de droits qu'en aurait le sociétaire qui les aurait satisfaits, et ne pourront-ils poursuivre le recouvrement de leurs créances sur les biens de la société ? L'affirmative ne peut être un seul instant douteuse ; comment l'associé dont il s'agit aurait-il une position meilleure, plus avantageuse que celle qu'auraient les créanciers auxquels il est subrogé ?

Nous répondrons successivement à chacune de ces objections :

1° Il est bien vrai, et nous l'avons démontré, que les associés se sont obligés mutuellement à laisser en commun les choses sociales, tant que dure le lien qui les unit, sans pouvoir aliéner leur part indivise. Il est bien vrai encore que la société peut à son gré disposer de ces choses selon son intérêt. Mais s'ensuit-il que les créanciers sociaux aient sur ces biens un droit exclusif qui persiste même après que le lien commun s'est

rompu? Nous ne saurions le croire. Si pendant la durée de la société ils sont préférés aux créanciers des sociétaires, ce n'est pas qu'ils aient un droit plus fort, d'une nature différente, qu'ils aient un privilège ou un droit réel quelconque sur l'actif commun : non; cela provient uniquement de ce fait que les associés ne peuvent aliéner aucune portion de cet actif, et que les saisies pratiquées par leurs créanciers équivaldraient à des aliénations. C'est donc par suite d'un simple accident qu'ils jouissent de cette faveur. La cause en est uniquement dans les obligations mutuelles que les associés se sont imposées en se réunissant. Or, lorsque les obligations s'éteignent par la fin du contrat qui les a fait naître, lorsque l'indisponibilité, dont les choses communes étaient frappées par rapport à chaque sociétaire individuellement, a disparu, n'est-il pas naturel que la priorité qu'elles entraînaient pour les créanciers de la société cesse aussi d'exister? Oui, sans doute; on ne pourrait plus s'expliquer cette faveur à une époque où le fait, dont elle n'était qu'une conséquence, est anéanti. Il ne reste plus alors que des créanciers ayant tous des droits d'une nature identique, de simples *droits personnels*; ayant pour gage commun *tous les biens* de leurs débiteurs, puisque l'inaliénabilité dont quelques-uns de ces biens étaient affectés est tombée avec la cause qui la produisait. Alors il ne doit plus y avoir de préférence que pour ceux qui auraient à faire valoir un privilège ou une hypothèque.

2° Vainement aussi l'on nous objecterait la maxime *non sunt bona nisi deducto ære alieno*, pour en conclure que l'actif de la société doit être employé d'abord à éteindre son passif. Qui ne voit la fausseté de l'application qu'on voudrait faire ici de cet adage? Il signifie que le patrimoine d'un individu, ou une quantité de ce patrimoine ne peut être considéré isolément des dettes qui les grèvent; qu'ils ne peuvent être transmis à titre gratuit qu'avec ces dettes. Ainsi les héritiers, les légataires à titre universel, les institués contractuellement, ne peuvent recueillir les biens du défunt qu'après défalcation des dettes et charges. Si la société formait une personnalité, il serait également vrai de dire qu'à sa dissolution son patrimoine ne pourrait être acquis aux associés (lesquels dans ce cas joueraient le rôle de successeurs) que *deducto ære alieno*. Mais il n'en est point ainsi : l'association n'étant pas une personne, n'a pas de patrimoine; les biens sociaux font partie du patrimoine des associés, et ils

n'en forment ni l'universalité, ni même une quotité; ils ne sont dans ce patrimoine que des choses individuelles. D'un autre côté, on ne remarque aucune transmission s'opérant de l'association à chacun de ses membres. Comment donc pourrait-on justifier l'application du brocard cité?

3° L'équité ne peut jamais prévaloir contre les principes clairs et précis du droit positif : or, lorsqu'une personne en traitant avec une autre a contribué à l'augmentation du patrimoine de cette dernière, elle n'a pas de privilège sur cet accroissement, à moins que la loi n'en ait autrement disposé. Dans mille situations analogues à la nôtre, il n'existe, en faveur des créanciers, aucune cause de préférence. Supposons, par exemple, qu'une communion ayant pour objets certains biens existe entre plusieurs individus, qu'une succession leur soit échue, et qu'ils jugent à propos de demeurer quelque temps dans l'indivision. Cependant l'administration de ces biens exige qu'on contracte des dettes, qu'on emprunte pour faire exécuter tels ou tels travaux. Les prêteurs, les créanciers seront-ils préférés sur les biens communs à raison desquels ils ont avancé leurs deniers? Pas le moins du monde, à moins qu'ils ne se trouvent dans une des circonstances où la loi accorde un privilège. Qu'une succession grevée de dettes vienne à s'ouvrir, à coup sûr l'équité exige que les créanciers héréditaires soient payés sur l'actif de cette succession avant ceux de l'héritier; et cependant la loi ne leur donne pas un droit absolu de préférence, un droit existant toujours et sans condition : pour en jouir ils doivent demander la séparation des patrimoines; cette demande est subordonnée à certaines conditions de temps, etc. Que faut-il conclure de là? Il faut conclure que la loi ne reconnaît pas au principe qu'on nous oppose la généralité qu'on voudrait lui attribuer, puisqu'elle a cru devoir le consacrer d'une manière expresse en matière de succession, en le soumettant à certaines restrictions. Comment croire qu'il doive s'appliquer sans condition aucune, en l'absence d'un texte, dans une matière moins favorable, et alors surtout qu'il en résulterait un véritable privilège?

Cet argument tiré de l'équité conduirait à reconnaître à tout créancier, dans le silence de la loi, une cause de préférence sur la chose à l'occasion de laquelle son droit a pris naissance, ce qui est évidemment inadmissible.

Il peut enfin très-bien se rétorquer contre les créanciers so-

ciaux; vous prétendez, leur dirait-on, en vous appuyant sur l'équité, vous prétendez vous attribuer un droit de préférence sur les choses de la société à l'accroissement desquelles vous avez contribué; mais les créanciers personnels des associés n'ont-ils pas également, par leurs rapports avec eux, contribué à augmenter le patrimoine propre de ces derniers, leurs biens *extra sociaux*; et dès lors, par des considérations identiques à celles que vous invoquez, ne peuvent-ils pas aussi réclamer un privilège, une préférence sur ces biens? Comment se fait-il que, tout en revendiquant un droit de priorité sur l'actif social, vous élevez la prétention de partager par concurrence avec eux les choses appartenant à leurs débiteurs et restées en dehors de l'association?

Écartons donc ces arguments déduits de l'équité, armes à deux tranchants, qui, le plus souvent, se retournent pour blesser ceux qui les emploient.

4° Nous croyons que la deuxième objection n'est pas plus solide que les précédentes, et que la conséquence qu'on voudrait tirer des articles 829, 830 et 1470 du Code civil est vicieuse. L'article 829 impose à l'héritier l'obligation de rapporter à la masse les sommes dont il est débiteur, et, si ce rapport n'a point lieu en nature, l'article 830 veut que les cohéritiers du débiteur prélèvent une valeur égale au montant de la dette. De même, l'article 1470 autorise les époux à prélever sur la masse les indemnités qui lui sont dues par la communauté. On voudrait conclure de ces textes que les dettes de la société doivent être payées même après sa dissolution, sur les biens sociaux, par préférence aux dettes personnelles des associés, puisque, dans les successions et la communauté, il en est ainsi en vertu des dispositions précitées, et que ces dispositions s'appliquent aux sociétés selon l'article 1872.

Si l'article 830 autorise un prélèvement en faveur des cohéritiers, on ne peut en conclure qu'il appartienne également aux créanciers; car, s'il est accordé aux premiers, c'est plutôt en qualité de propriétaires qu'en qualité de créanciers. La loi considérant que l'héritier débiteur a déjà reçu une fraction de la part à laquelle il a droit (laquelle fraction consiste en ce qu'il doit et qu'il ne rapporte pas), autorise ses consorts, avant d'aller plus loin, à prendre aussi dans la masse une fraction égale. C'est comme si le partage se faisait en deux fois: à la première fois, l'héritier débiteur reçoit, en moins prenant, ce qu'il doit,



et les autres obtiennent une valeur égale ; à la seconde, tous reçoivent le restant de leur part. Il résulte évidemment de là que le droit dont nous parlons ne peut appartenir aux créanciers héréditaires, ni constituer pour eux un privilège sur les créanciers personnels des héritiers, et que par une conséquence ultérieure il n'appartient pas non plus aux créanciers sociaux.

Quant à l'induction qu'on pourrait tirer de l'article 1470, nous répondrons qu'on n'est pas d'accord sur la nature du droit de prélèvement qu'il établit. Les uns y voient un droit de propriété, et c'est pour cela qu'ils décident que la femme prime les créanciers ; les autres n'y voient qu'un droit de créance, et refusent à cette dernière toute préférence. Mais dans tous les cas, et alors même que cette disposition accorderait une faveur à la femme, il est impossible de soutenir qu'elle appartient aussi aux créanciers de la communauté.

Après avoir réfuté à l'avance les objections qu'on pourrait nous présenter, il nous reste à faire valoir une dernière raison pour démontrer que notre opinion est la seule admissible.

Il nous semble assez étrange que, pour déterminer les principes qui doivent régir les rapports des associés avec les tiers dans les sociétés civiles, à défaut de textes exprès, aucun auteur n'ait eu l'idée de rechercher s'il n'existe pas en d'autres matières de situation analogue réglée et défluie par la loi, et de s'emparer de ces règles, si elles existent, pour en faire application à notre sujet.

Il est cependant une espèce de société que le législateur a organisée avec le plus grand soin, qu'il a réglementée dans les plus menus détails : nous voulons parler de la communauté entre époux. Personne ne contestera que cette communauté ne forme une véritable société de biens ; c'est ainsi que chacun la définit. Quoi de plus naturel dès lors que de rechercher les principes qui, dans cette sorte d'association, gouvernent les relations des associés avec les tiers pour les appliquer par argument analogique aux autres sociétés sur lesquelles la loi a glissé plus légèrement ? Nous allons nous livrer à cette recherche, et si elle nous conduit aux mêmes résultats que ceux auxquels nous sommes parvenu en raisonnant théoriquement, nous aurons beaucoup fait pour la preuve de notre système.

En général, et sauf stipulation contraire, l'actif de la communauté comprend les meubles présents et futurs des époux,

les immeubles acquis à titre onéreux après la célébration du mariage et les fruits de leurs propres.

Le passif se compose des dettes mobilières dont chacun des conjoints était grevé au moment de leur union, et de celles contractées postérieurement par l'administrateur, peu importe qu'elles soient mobilières ou immobilières.

Restent propres aux époux les immeubles dont ils étaient propriétaires ou possesseurs avant le mariage, et ceux qui leur échoient après à titre gratuit, etc.

Restent également propres aux conjoints, et tout à fait étrangères à leur association, certaines dettes, comme, par exemple, celles que la femme contracte avec l'autorisation de justice hors des cas énumérés par l'article 1427, etc.

La communauté nous présente absolument le même spectacle qu'une société civile ordinaire : nous y trouvons d'abord des biens communs composant l'actif social. Comme corrélatif à cet avoir, nous trouvons des dettes communes, un passif de la société. Nous trouvons encore des biens restés en dehors de l'association, formant l'actif dans le patrimoine propre à chaque époux, et des dettes qui en constituent le passif. L'analogie est frappante, complète, et comment en serait-il autrement, puisque la communauté est une véritable société de biens ?

Cette situation similaire une fois constatée, voyons quels sont les rapports des époux avec les tiers, quels sont les droits des créanciers de la communauté et des créanciers personnels des associés.

Les créanciers de la communauté ont incontestablement le droit, pendant qu'elle subsiste, de poursuivre leur paiement sur les biens communs, ainsi que sur les propres des époux associés qui sont leurs débiteurs personnels. Supposons, par exemple, une dette commune contractée par le mari ; le créancier en pourra poursuivre le recouvrement sur l'actif de la communauté et sur les biens propres du mari, son débiteur. S'il ne peut agir aussi contre les propres de la femme, c'est parce que celle-ci se trouve placée dans une position particulière : grâce à la faculté qu'elle possède de renoncer à la communauté, faculté dont elle ne peut se dépouiller par aucune stipulation, il est possible qu'elle ne soit pas femme commune, associée. Elle a bien l'espoir de l'être, *speratur fore*, mais elle ne l'est pas actuellement, définitivement ; si elle renonce, elle n'aura jamais eu cette qualité. Or, tant que son titre d'associée est incertain,

la loi ne pouvait livrer ses propres à l'action des créanciers sociaux ; elle ne pouvait lui causer un préjudice peut-être irréparable en soumettant son patrimoine personnel au paiement des dettes d'une communauté, d'une société à laquelle elle aura toujours été étrangère. C'eût été la traiter avec une injuste rigueur. Ajoutons que, même en acceptant, la femme peut n'être pas tenue indéfiniment des dettes : par suite du bénéfice de l'article 1483, elle peut n'y être obligée que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle retirera ; comment aurait-on pu permettre aux créanciers d'agir contre ses propres, alors qu'on ne sait pas si elle retirera quelque chose de la communauté ? Voilà les raisons de la différence existante entre la femme et le mari.

Supposons encore une dette contractée par la femme avec l'autorisation maritale. Le créancier pourra s'en prendre aux biens communs, aux propres de l'époux et à ceux de l'épouse, à la différence de l'hypothèse précédente. Le motif en est que la femme est obligée, non pas à raison de la qualité de commune, mais en nom propre, comme débitrice personnelle. Si l'on n'a pas voulu donner d'action contre ses propres pour une dette contractée par le mari, et cela parce qu'il est possible qu'elle y devienne étrangère en renonçant, ce motif ne pouvait plus militer à raison d'une dette qu'elle a elle-même contractée ; car, en se dépouillant même de son titre d'associée, elle n'en resterait pas moins personnellement obligée.

On le voit, les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes de la société conjugale sur les biens sociaux et sur les propres des conjoints, sauf la restriction que nous avons indiquée par rapport à la femme, et qui repose sur une raison spéciale. Or, c'est également la décision que nous avons précédemment donnée pour les sociétés ordinaires.

Examinons maintenant quels sont les droits des créanciers personnels des époux.

Supposons, par exemple, une dette contractée par la femme pendant le mariage, avec l'autorisation judiciaire et hors des cas prévus par l'article 1427. Elle n'est pas présumée créée dans l'intérêt commun, mais dans l'intérêt individuel de l'épouse. C'est donc une dette personnelle, exclue de la communauté, extra-sociale. Le créancier ne pourra agir que sur la nue propriété des biens propres à sa débitrice, l'usufruit faisant partie des biens communs qui échappent à son action. Le motif en est

que la femme, n'ayant pas le droit de disposer des choses de la société, n'a pas pu les compromettre par ses engagements, les soumettre à l'action de ses créanciers, ce qui eût constitué une aliénation indirecte. De même qu'un associé ne peut entraver les opérations de la société ordinaire par des actes de disposition ou par des obligations, conformément à l'article 1860; de même la femme, n'étant pas administratrice, ne peut non plus enrayer la marche de la communauté conjugale par des aliénations soit directes, soit indirectes.

Plaçons-nous dans une autre hypothèse : supposons que le mari ait contracté une dette relative à l'un de ses biens propres. Comme il a le droit de disposer d'une manière presque absolue des effets de la communauté, il en résulte qu'en général ses créanciers personnels peuvent agir, non-seulement contre ses biens propres, mais encore contre les biens communs, sauf au mari à compter plus tard avec sa femme à raison de cette dette et à la récompenser de ce qui a été tiré de la communauté pour l'acquitter. En d'autres termes, le mari étant en quelque sorte propriétaire des biens de la communauté, ayant le droit d'en disposer, ses créanciers personnels ne rencontrent pas l'obstacle qui s'élève devant ceux de la femme, et que l'art. 1860 oppose aux créanciers des associés dans les sociétés ordinaires<sup>1</sup>.

Il résulte de ce que nous venons de dire : 1° que pendant le mariage les dettes contractées par l'un des époux, non en sa qualité d'associé, mais en nom personnel, non pour le compte de la communauté, mais pour le sien propre, ne peuvent être recouvrées que sur le patrimoine personnel du débiteur et non sur l'avoir commun; que si, en général, il en est autrement par rapport aux dettes propres contractées par le mari, c'est que le patrimoine commun se confond en quelque sorte avec le sien; 2° que les créanciers de la communauté, pendant son existence, peuvent poursuivre leur paiement sur l'actif commun et sur les propres des conjoints, sauf toujours la restriction que nous avons mentionnée à l'égard de la femme.

<sup>1</sup> Cela confirme l'idée que nous avons émise plus haut, à savoir que si les créanciers personnels des sociétaires ne peuvent, pendant l'association, exercer leurs droits sur les biens de celle-ci, c'est parce que l'article 1860 défend à ceux qui ne sont pas administrateurs d'aliéner la part qu'ils ont dans ces biens; dans la communauté, nous voyons, en effet, que quand un époux a le droit d'aliéner les biens communs, ses créanciers personnels peuvent les saisir, tandis qu'ils ne le peuvent pas dans le cas contraire.

Mais la communauté étant dissoute, ses créanciers conservent-ils sur les choses qui en proviennent le droit qu'ils avaient de se faire payer exclusivement aux créanciers personnels? Pourront-ils, sur la part indivise que le mari ou la femme a dans les biens communs, se faire payer la quotité que l'époux doit supporter dans les dettes communes, et cela par préférence aux créanciers personnels de ce dernier? Non, sans aucun doute. On ne pourrait, en l'absence d'un texte qui l'établisse et contrairement à la doctrine de l'ancien droit, raisonnablement prétendre qu'ils doivent jouir d'un droit de priorité. Une fois la communauté dissoute, la part indivise qui appartient à chacun des époux cesse d'être séparée de ses biens propres; le tout se confond dans un seul et même patrimoine qui est le gage commun de tous les créanciers, quelle que soit la source de leurs créances; peu importe qu'elles soient nées par rapport aux affaires communes ou aux affaires propres des conjoints. Si les créanciers de la femme ne pouvaient, durant l'association conjugale, diriger leurs actions sur les biens de la communauté, c'est que leur débitrice n'avait pas le droit d'en disposer. Cette raison n'existe plus à la dissolution: la femme peut disposer d'une manière souveraine de sa part indivise, et dès lors ses créanciers peuvent s'en saisir<sup>1</sup>.

En résumé, les créanciers personnels des époux qui, pendant la communauté, ne pouvaient agir que sur les biens propres, viennent, lorsqu'elle a pris fin, exercer leurs droits, concurremment avec les créanciers de cette communauté, sur les choses qui en sont provenues.

Voilà comment la loi, dans la société de biens entre époux, règle leurs rapports avec les créanciers. Eh bien! pourquoi n'appliquerait-on pas ces règles aux sociétés ordinaires? Plutôt

<sup>1</sup> M. Troplong, *Contrat de mariage*, n° 1765, attribue aux créanciers de la communauté un droit de préférence sur les créanciers personnels des époux. Mais il est forcé de reconnaître que l'opinion qu'il défend n'est point celle des anciens auteurs qui ont écrit sur la matière. Et pourtant dans un sujet comme la communauté, presque entièrement emprunté à l'ancienne jurisprudence, on ne peut se dissimuler que les doctrines de ces auteurs sont de la plus haute importance, et à défaut de textes qui les repoussent ou qui les modifient, on doit croire qu'elles ont passé dans le Code. Aussi M. Troplong ne peut justifier sa manière de voir qu'en envisageant la communauté comme un être moral, idée que nous croyons avoir suffisamment réfutée dans notre premier travail. Cette raison étant donc écartée, nous pensons qu'on ne peut mieux faire que d'adopter pour le cas dont il s'agit l'opinion reçue dans l'ancien droit.

que de bâtir des systèmes en l'air, n'est-il pas préférable, lorsque la loi garde le silence dans une matière, de suivre les principes qu'elle a posés dans des matières analogues? N'est-il pas rationnel d'appliquer aux sociétés en général, *mutatis mutandis*, les principes qu'elle a établis dans une espèce particulière de société?

Ce qui nous paraît surtout concluant et de nature à dissiper tous les doutes, c'est que nous arrivons par deux voies différentes aux idées que nous avons exposées; nous avons d'abord examiné isolément le contrat de société, nous en avons interprété les textes, et nous en avons déduit les principes qui, à notre sens, doivent gouverner les rapports des associés avec les créanciers. Puis, trouvant dans le Code civil une espèce de société réglementée en détail, nous avons recherché comment les mêmes rapports y ont été fixés, et nous avons trouvé qu'ils sont précisément assujettis aux règles que nous avons proposées. Le raisonnement théorique, si l'on peut ainsi parler, et le raisonnement analogique nous conduisent aux mêmes résultats; l'un des procédés sert de preuve et de contrôle à l'autre.

V. THIRY.

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE  
SUR LE CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE DE 1853

POUR L'EMPIRE D'AUTRICHE;

Précédée d'une Notice sur la législation pénale en Autriche,  
depuis la révolution de 1848.

Par M. KOENIGSWARTER.

I.

Notice sur la législation criminelle en Autriche, depuis la révolution de 1848.

Pendant la dernière période de l'histoire contemporaine, période si remplie d'événements, plus qu'aucune autre monarchie du continent, l'empire autrichien a subi les coups et les contre-coups des courants politiques qui ont si vivement agité l'Europe. Crise politique, crise sociale, crise financière; changement de monarchie, changement de forme de gouvernement; guerre intestine entre les nationalités, guerre civile entre les

partis ; rien n'a été épargné à cet empire infortuné, qui s'est vu à la veille d'une dissolution complète. Le gouvernement central, forcé d'abandonner Vienne, de bombarder presque toutes ses autres capitales, de faire une guerre à outrance aux populations magyare et italienne de l'empire, s'est néanmoins relevé plus fort qu'il n'était auparavant. Cherchant d'abord à maîtriser le courant libéral sorti de 1848, en lui creusant un lit et en le dirigeant, il a fini, quand il s'est trouvé assez fort, par faire disparaître le dernier souffle de la tempête révolutionnaire.

L'histoire de nos dernières soixante années est là pour nous montrer combien ces réactions politiques influent sur la législation, mais principalement sur l'organisation judiciaire, l'instruction criminelle et les lois pénales ; il n'y a donc pas lieu d'être surpris des variations dont l'empire d'Autriche nous offre le spectacle, variations qui n'ont été que les contre-coups des événements politiques qui ont agité son existence, ni d'être étonné de l'instabilité de sa législation dans les dernières années.

Quelques mots sur ces changements nous paraissent indispensables en tête de ce travail dans lequel nous nous proposons de faire l'examen du Code d'instruction criminelle, que l'empereur d'Autriche a promulgué par lettre patente du 29 juillet 1853, et d'établir sa comparaison avec le Code de 1850 qu'il est appelé à remplacer, ainsi qu'avec les principes dirigeants de la procédure française. Ce nouveau Code est destiné à tout l'empire d'Autriche, la seule frontière militaire exceptée, attendu que l'administration de cette province étant entièrement militaire, l'administration de la justice l'est également, et que par conséquent il ne peut y avoir lieu à l'application d'un Code destiné à servir de règle aux tribunaux non militaires<sup>1</sup>.

Quand la révolution de 1848 éclata en Autriche, la majeure partie de ses habitants vivaient sous une législation pénale qui datait de près d'un demi-siècle ; car c'était le Code criminel promulgué par l'empereur François I<sup>er</sup>, par lettre patente du 3 septembre 1803, qui régissait la pénalité<sup>2</sup>.

Il suffit de dire que le fouet, le carcan et la marque, ces odieux supplices qui éteignent la dernière étincelle de dignité humaine dans le coupable, y figuraient encore ; aussi une résolution im-

<sup>1</sup> Un nouveau Code pénal militaire pour toute la monarchie vient d'être promulgué le 15 janvier 1855.

<sup>2</sup> Le Code pénal de 1803 a eu force de loi à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1804.

périale, du 22 mai 1848 les raya du nombre des châtimens.

Cependant le Code pénal était loin d'être la partie la plus arriérée de la législation, car l'organisation judiciaire, tant pour les matières civiles que pour les affaires criminelles, était telle que dans presque toutes les provinces, excepté le Tyrol, le Salzbourg, la Lombardo-Vénétie et quelques districts de l'Illyrie, qui avaient été autrefois sous la domination française, la justice patrimoniale était encore en vigueur, à peu près pareille à la justice seigneuriale de notre ancienne monarchie. Ajoutons à cela que la procédure et l'instruction secrète, ainsi que le jugement sur pièces écrites, ne laissent guère à la liberté individuelle de garantie contre les abus de pouvoir des fonctionnaires; que les tribunaux patrimoniaux, malgré le plus sévère contrôle des tribunaux supérieurs, étaient l'objet de plaintes incessantes; que les peines édictées dans un Code qui datait de près d'un demi-siècle ne convenaient plus à l'adoucissement des mœurs; et on concevra aisément que la réforme totale de l'administration de la justice, désir nourri depuis longtemps par tous les esprits éclairés, devint, après le mouvement de 1848, une des questions les plus brûlantes de l'époque, et à laquelle les gouvernans devaient mettre la main sans tarder.

Les tribunaux patrimoniaux furent donc légalement supprimés par la loi du 7 septembre 1848; le jugement par jurés, établi d'abord en matière de presse par la loi du 18 mai 1848, fut appliqué ensuite par les lois des 13 et 14 mars 1849 à tous les crimes et délits emportant cinq ans de reclusion au moins, et à tous les méfaits politiques; le crime de haute trahison restait réservé à la compétence de la Cour suprême (*Reichsgericht*).

Cette dernière création se rapprochait assez de la haute Cour, qui figure dans notre organisation judiciaire actuelle.

Dans l'intervalle avait paru la Constitution de l'Empire du 4 mars 1849, due à l'initiative du ministre Stadion, et destinée à inaugurer une nouvelle ère pour la monarchie des Habsbourg; car elle avait pour idéal et pour but l'unité et l'homogénéité de l'empire autrichien, qui, jusqu'en 1848, n'avait été considéré et gouverné que comme une vaste agrégation de provinces et de nationalités les plus diverses, réunies sous le même sceptre, mais différentes par la religion, par le langage, par les mœurs et par les lois. Ce que la politique séculaire des rois de France avait rendu possible, ce que les efforts réunis d'un Colbert, d'un



d'Aguesseau, d'un Domat et de tant d'autres esprits éclairés avait préparé; ce qu'une assemblée à jamais mémorable, sortie des entrailles de la nation française, avait commencé, et ce que le plus grand génie moderne a consommé : l'unité de la France; le jeune empereur François-Joseph et ses ministres le tentèrent par un trait de plume. Séduits sans doute par la vue de notre patrie, qui doit à l'unité et à l'homogénéité sa force et sa vie, et le poids dont elle pèse dans la balance européenne; ils voulurent créer d'un seul coup une Autriche homogène et uniforme, et transformer comme par enchantement le vieil édifice. La révolte sanglante des Magyars, qui mit l'Autriche à deux doigts de sa perte, les réveilla de ce beau rêve, et quand la Hongrie fut vaincue et reconquise, le gouvernement autrichien finit par voir que cette unité de l'empire était une œuvre impossible et impraticable pour la génération actuelle.

Cependant, il faut le dire, cette Constitution de l'empire du 4 mars 1849, qui aujourd'hui appartient déjà à un passé bien éloigné, contenait le programme d'un bel avenir pour la monarchie, et la promesse de toutes les institutions auxquelles les peuples civilisés et libres peuvent prétendre : la liberté des cultes, l'égalité civile et politique, la liberté individuelle garantie, la justice uniforme pour tout le monde, et administrée par des fonctionnaires inamovibles institués par l'État, la publicité et l'oralité des débats judiciaires, le jury en matière criminelle et pour les délits de presse; enfin la séparation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif.

Ces principes généraux reçurent promptement leur application. Un ministre de la justice, jeune et actif, qui, il y a une douzaine d'années, vint étudier nos lois et nos institutions à Paris; qui, chose bien rare en Autriche, de simple avocat était devenu ministre, et qui, chose bien plus étonnante encore, élevé par la révolution de 1848, a su se maintenir jusqu'à ce jour; M. Bach déploya une activité merveilleuse pour remanier de fond en comble l'organisation judiciaire, et ne quitta le portefeuille de la justice pour le ministère de l'intérieur, qu'il occupe en ce moment, qu'après avoir doté son pays d'une organisation judiciaire, calquée sur celle de la France. Cette organisation fut établie par la loi du 14 juin 1849, et mise en application par le Code d'instruction criminelle du 17 janvier 1850, qui avait été promulgué le 1<sup>er</sup> juillet de la même année pour

avoir force de loi dans tout l'empire, sauf la Hongrie, la Croatie, l'Esclavonie, la Transylvanie, la principauté Serbe et le Banat, pays où les suites de la guerre intestine n'avaient pas encore permis d'organiser les nouveaux corps judiciaires de la magistrature <sup>1</sup>.

La partie matérielle du Code pénal de 1803 ne fut pas changée à cette époque, où le courant de l'opinion publique poussait le gouvernement d'Autriche aux réformes libérales, non pas que les défauts de cette ancienne législation ne se faisaient vivement sentir, mais parce que les temps étaient trop agités pour une entreprise aussi difficile qu'un nouveau Code des peines, et parce que la représentation nationale étant dissoute, on n'osait pas encore, à ce moment, tenter une œuvre aussi importante sans son concours.

L'ordonnance impériale du 17 janvier 1850 <sup>2</sup> se contenta donc de satisfaire aux exigences les plus urgentes de l'humanité et de la science, en mitigeant les sévérités les plus choquantes; en éliminant du nombre des faits incriminés certains actes qui, par l'égalité des cultes récemment proclamée, n'avaient plus de raison d'être; en supprimant la punition du suicide; en reportant parmi les délits un grand nombre de crimes, tels que la dégradation volontaire de la propriété d'autrui, si le dommage ne dépassait pas la valeur de 5 florins (12 francs et demi de notre monnaie), la rupture de l'exil, la contrefaçon ou la falsification d'un acte public sans volonté criminelle, les cas légers de concussion, les vols simples, ainsi que quelques autres faits.

Mais bientôt le jeune monarque qui avait pris les rênes de l'empire, adopta une grave résolution qui allait de nouveau changer tout le système de gouvernement. En abolissant la Constitution du 4 mars 1849, qui, à vrai dire, n'était plus qu'une lettre morte depuis la dissolution de la représentation nationale, l'empereur François-Joseph déclara solennellement <sup>3</sup> reprendre la plénitude du pouvoir absolu, dont avaient joui ses prédécesseurs avant 1848.

<sup>1</sup> Après l'avènement au trône de François-Joseph I<sup>er</sup>, et la suppression du jury, cette organisation judiciaire fut changée, et réglée par les ordonnances impériales des 27 mai et 14 septembre 1852, les décrets ministériels du 19 janvier 1853, et l'ordonnance impériale du 3 mai 1853.

<sup>2</sup> Bulletin des lois (*Reichsgesetzblatt*), n° 24.

<sup>3</sup> Résolutions impériales des 31 décembre 1851 et 11 janvier 1852.

Les conséquences de cet acte important ne se firent pas attendre, et dans le *manu proprio* du 31 décembre 1851, le chef de l'État posa les principes généraux sur lesquels devait reposer la nouvelle organisation politique, administrative, judiciaire et pénale. En même temps, la liberté de la presse, l'égalité des cultes, la représentation nationale, le jury, furent légalement supprimés. C'est ce revirement qui a nécessité la révision de toute la législation pénale; elle fut commencée par la patente impériale du 27 mai 1852, et terminée par celle du 29 juillet 1853.

La première a promulgué :

a) Un Code pénal qui, au fond, est celui du 3 septembre 1803, complété par les dispositions législatives intervenues de 1803 à 1852, et révisé en entier.

Ce Code, valable pour toute l'étendue de l'empire, la frontière militaire exceptée, a force de loi depuis le 1<sup>er</sup> septembre 1852.

b) Deux ordonnances du 19 janvier 1853, modifiant la compétence et l'organisation des tribunaux telles qu'elles avaient été fixées par la loi du 14 juin 1849, tant pour tous les pays où le Code d'instruction du 17 janvier 1850 avait été établi, que pour ceux où ce Code n'avait point encore été introduit, savoir : les royaumes de Hongrie, de Croatie et d'Esclavonie, la principauté Serbe, le Banat et le grand-duché de Transylvanie.

c) Une ordonnance sur les délits de la presse et autres moyens de publication mécanique, valable pour tout l'empire, la frontière militaire exceptée, et prenant force de loi à dater du 1<sup>er</sup> septembre 1852.

La patente impériale du 29 juillet 1853 a complété le nouvel édifice de la législation pénale autrichienne, par la promulgation :

d) D'un nouveau Code d'instruction criminelle, en remplacement de celui du 17 janvier 1850, et valable pour tout l'empire, la frontière militaire exceptée.

Ce Code d'instruction criminelle sera l'objet principal de notre travail.

Avant sa publication, plusieurs tentatives partielles avaient été faites pour arriver à une espèce d'unité d'institutions judiciaires. Mais tel est le mélange des nationalités dans certaines provinces de l'empire, qu'une ordonnance promulguée le 27 mai 1852, et ayant pour but d'assimiler provisoirement les institutions judi-

ciaires de la Transylvanie à l'organisation du reste de l'empire, nous fait connaître que les colonies saxonnes de cette contrée forment encore un élément à part et ont leurs propres autorités judiciaires nommées dans leur sein <sup>1</sup>.

Ce fait atteste de nouveau quelles difficultés, momentanément insurmontables, le gouvernement autrichien a rencontrées sur son chemin, et comment il était forcé sans cesse de faire des concessions contraires à son but, qui est de doter toutes les parties de ce vaste empire d'une législation uniforme. C'est là aussi qu'il faut souvent chercher le motif et l'excuse de certains défauts de la nouvelle législation. Le ministre actuel de la justice, M. le baron de Krauss, dans une lettre qui accompagnait l'envoi de l'exemplaire du nouveau Code, qu'il a bien voulu nous faire, reconnaît lui-même la gravité de la question et appelle sur ce point l'attention des jurisconsultes étrangers. Qu'on nous permette de citer textuellement ce passage de la lettre de M. de Krauss :

« Ce n'était pas seulement pour les nationalités de la langue allemande, qui, par leur nombre et ce qu'elles rapportent au trésor, ne forment que la moindre partie de notre glorieuse monarchie, qu'il s'agissait d'établir une législation; il fallait encore qu'elle s'appliquât aux nationalités magyare, slave, roumane et autres. Celui qui considère la différence des mœurs, et le degré de civilisation de toutes ces nationalités; celui qui apprécie l'histoire et le développement politique de certaines parties qui composent la monarchie, la divergence des confessions et des croyances religieuses, la diversité de leur origine, celui-là devra convenir que dans aucun pays de l'Europe le Code de la justice ne présente la tâche de concilier autant et d'aussi sérieuses divergences sociales, nationales, politiques et religieuses, qu'en Autriche. »

Et le ministre n'a que trop raison. On ne voit vulgairement dans la monarchie autrichienne qu'une puissance allemande, et on oublie que l'archiduché d'Autriche, le Tyrol, le pays de Salzbourg, l'Illyrie et le Vorarlberg sont les seules contrées germaniques, tandis que la Lombardie, la Bohême, la Moravie, la Gallicie, la Hongrie, la Croatie, la Transylvanie, le Banat,

<sup>1</sup> Art. 5 de l'ordonn. spéciale à la Transylvanie. Bulletin des lois (*Reichsgesetzblatt*), XXXVI, n° 121.

la principauté Serbe, sont des pays habités et peuplés par des races entièrement étrangères à la race germanique, et formant environ les deux tiers de la monarchie autrichienne. C'est ce que comprend si bien la Prusse, dont la composition, sauf le grand-duché de Posen, est purement allemande, et c'est ce qui lui donne la prétention d'être la première et non pas la seconde puissance de l'Allemagne. Il faut y voir encore la cause pourquoi les efforts incessants de l'Autriche pour entrer avec toutes ses provinces dans le *Zoll-Verein* allemand, ont été infructueux jusqu'à ce jour.

En effet, l'orient de l'Europe, qu'il s'agit aujourd'hui de reconstituer, ne commence pas en Turquie ni sur les rives du Pruth ou de l'Alouta; il commence à la frontière de Hongrie, c'est à-dire à quelques lieues de la capitale de l'empire autrichien. Aussitôt que le Danube a quitté le sol allemand, il ne baigne plus que des contrées où les races les plus différentes sont juxtaposées, sans s'être le moins du monde fondues en une nation. Le Magyar vit à côté du Slave, le Serbe à côté du Croate; le Roumain conserve la tradition de sa filiation romaine, que viennent confirmer à la fois sa langue, ses mœurs et jusqu'à la régularité des traits, qui caractérise ces descendants des légions de Rome<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L'argument linguistique prouve encore mieux l'origine de la race roumaine qui forme le fonds de la population de la Valachie et de la Moldavie, ainsi que de la Bessarabie et de la Bukovine, tous ces pays n'étant que des tronçons de l'ancienne Dacie. Car les langues moldave et valaque, qui ne varient entre elles que par le dialecte, dérivent la majeure partie de leurs racines du latin, et la prononciation concorde d'une manière remarquable avec l'italien moderne et les patois de la péninsule. Si l'on admet que les légions de Trajan ne parlaient point le langage classique de Cicéron et de Virgile, et se servaient selon toute probabilité d'un patois, on reste étonné comment la même langue s'est conservée intacte pendant tant de siècles.

Nous donnons au hasard quelques mots pris dans le dictionnaire :

MOLDAVE.	LATIN.	MOLDAVE.	LATIN.	MOLDAVE.	LATIN.
Aeo.	Aer.	Porta.	Porta.	Urs.	Ursus.
Wint.	Ventus.	Feretra.	Fenestra.	Passere *	Passer.
Win.	Vinum.	Yerba.	Herba.	Wulture.	Vulture.
Domne.	Dominus.	Flore.	Flos.	Mardschine.	Margo, inis.
Femaya.	Femina.	Bowe.	Bovis.	Utschis.	Occisus.
Alb.	Albur.	Wacea.	Vacca.	Portschedere.	Procedere.
Niegro.	Neger.	Kynyc.	Canis.	Tschudad.	Civitas.
Verdie.	Viridas.	Soridoche.	Sorex.	Cresk.	Cresco.
Aux.	Aurum.	Leo.	Leo.	Floresk.	Floresco.
Ardschint.	Argentum.	Lup.	Lupis.	Nesk.	Nasco.
Fier.	Ferrum.	Wulpe.	Vulpis.	Schtio.	Scio.
Plumb.	Plumbus.				

\* Avec la signification d'oiseau en général.

## II.

Étude de législation comparée sur le Code d'instruction criminelle de 1853, pour l'empire d'Autriche.

Si le mérite relatif d'une législation comparée à une autre consistait dans le moindre nombre de ses dispositions, le Code d'instruction criminelle du 29 juillet 1853, qui, en ce moment même où nous écrivons, a reçu son application dans toute l'étendue de l'empire autrichien, serait incontestablement supérieur à celui du 17 janvier 1850, qu'il est appelé à remplacer; car, tandis que ce Code était composé de 24 chapitres divisés en 514 paragraphes, et que notre instruction criminelle embrasse même 34 chapitres et 643 articles, le nouveau Code autrichien ne contient que 20 chapitres divisés en 436 paragraphes.

Cependant, quoique le temps nécessaire pour juger une législation dans la pratique ait manqué au Code d'instruction de 1850, on peut dire néanmoins qu'il avait été salué, quelques critiques de détail à part, par une approbation presque unanime; que d'après le témoignage des meilleurs jurisconsultes autrichiens, il satisfaisait aux exigences de la science pénale, et que les institutions, telles que le jury, la publicité et l'oralité des débats, le principe de l'accusation publique, institutions aussi nouvelles pour l'Autriche que précieuses, y avaient reçu toute l'application dont elles étaient susceptibles. Sur cette matière importante, l'Autriche avait même devancé sa rivale la Prusse; car l'ordonnance prussienne sur l'instruction criminelle, publiée le 3 janvier 1849, n'avait pas donné aussi pleine satisfaction aux principes libéraux que les événements de 1848 avaient violemment intronisés dans les nouvelles lois des pays allemands<sup>1</sup>.

Peut-être les réformes avaient-elles été trop radicales, et l'élan imprimé avait-il été trop brusque; toujours est-il qu'il a fallu reculer et que le Code autrichien de 1853 est revenu largement sur les nouveautés de 1848, comme le parti rétrograde dit aujourd'hui en Allemagne.

Et disons-le ici une fois pour toujours et pour être bien compris: 1848 a eu en Allemagne et en Italie une tout autre signi-

<sup>1</sup> *Die neue Oesterreichische Strafprozessordnung*, dargestellt von Joseph von Würth. (Gerichtsaal, Octobre, 1852, p. 316.)

fication qu'en France. Sans vouloir nous faire ici le moins du monde juge des hommes et des institutions sortis des dernières révolutions, il est certain que chez nos voisins de l'autre côté du Rhin et des Alpes, le mouvement de 1848 était d'une importance historique bien plus grande, bien plus complexe qu'en France. En dehors de ce que la révolution voulait chez nous, on aspirait plus ardemment encore en Allemagne et en Italie à des biens que notre patrie possédait alors depuis deux générations : l'unité et l'homogénéité d'un grand pays, consolidé par l'égalité religieuse, civile et politique, par des institutions vraiment libérales, par une législation rajeunie et adaptée aux progrès des mœurs et de la science. En un mot, si 1848 chez nous portait dans ses flancs une révolution sociale, en Allemagne et en Italie il s'agissait à la fois d'une révolution civile, politique et sociale.

Ceci sert à faire comprendre pourquoi, malgré la réaction triomphante, il reste aujourd'hui plus debout dans ces pays de ce qui est sorti de 1848, que chez nous en France.

Mais retournons au Code d'instruction criminelle de 1853, et avouons, pour être plus indulgent, que rarement le législateur a eu devant lui une tâche plus difficile que la codification d'une procédure criminelle uniforme pour des peuples aussi disparates que ceux qui composent l'empire actuel d'Autriche. La nationalité allemande ne peuple que la plus faible moitié de ce vaste empire ; l'autre moitié, bien plus importante, est habitée par des Italiens, des Tchèques, des Slaves, des Magyares, des Valaques, des Roumains ; et la diversité d'origine, de croyance religieuse, de langage, de mœurs, de coutumes et de civilisation, qui existe entre toutes ces nationalités, rend la tâche du législateur excessivement difficile. Aussi les auteurs du Code de 1850 n'avaient pas osé mettre en application partout leur œuvre, et dans toute la moitié orientale de l'empire, composée pour la plupart de l'élément slave, magyare, valaque et roumain, ce Code n'avait pas reçu d'application. Le jugement par jury surtout rencontrait dans plusieurs de ces contrées un obstacle invincible dans le peu de civilisation des classes moyennes et dans la différence des idiomes ; de manière que prenant l'empire autrichien en masse, il faut convenir loyalement que le nouveau Code de procédure criminelle de 1853 constitue un progrès ; car si les provinces allemandes et italiennes

y perdent, les autres provinces de l'empire y gagnent d'une manière incontestable. C'est donc à ce point de vue qu'il faut juger la nouvelle législation autrichienne, si l'on veut être juste et si l'on veut expliquer les véritables motifs pour lesquels ses auteurs se sont vus forcés de s'écarter des dispositions de la procédure criminelle en vigueur dans d'autres pays.

Le premier chapitre (§§ 1-6) pose des règles générales, et en tête, que nulle action ne peut être punie si elle n'a pas été incriminée par la loi avant que l'action fût commise. Cette disposition tutélaire se distingue par une meilleure rédaction que celle de l'article 4 de notre Code pénal, et de plus par la place qu'elle occupe, qui est dans le Code d'instruction bien plus que dans le Code pénal.

Le système de l'accusation publique ou de la poursuite d'office est la règle du nouveau Code, excepté dans les cas où la loi autrichienne exige la poursuite de la partie lésée<sup>1</sup>. Ces cas, plus nombreux que dans la loi française, sont l'adultère, les attaques contre l'honneur, tels que la calomnie, la diffamation et l'injure; le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance entre les membres de la même famille demeurant ensemble, et en général tous les délits de moindre importance commis par les enfants envers leurs parents ou par les domestiques envers leurs maîtres<sup>2</sup>.

Le Code pénal autrichien de 1852<sup>3</sup> tranche en cette matière une question qui a été vivement débattue chez nous sous l'empire de notre Code pénal, à savoir: si l'adultère de la femme ne peut être poursuivi d'office, en l'absence de la dénonciation du mari, dans le cas où il y aurait eu connivence de sa part.

Le projet de notre Code (art. 291) avait résolu la question par l'affirmative; mais cette rédaction n'ayant point passé dans le Code<sup>4</sup>, les commentateurs ont dénié ce droit au ministère public<sup>5</sup>. Le Code autrichien, au contraire, et avec raison, selon nous, décide la question dans le sens du projet français.

Le § 4 décide une question capitale, que notre législateur a

<sup>1</sup> § 2 des Codes d'instruction de 1850 et de 1853.

<sup>2</sup> §§ 487-495, 503, 525 du Code pénal de 1852.

<sup>3</sup> §§ 510-511.

<sup>4</sup> Loqué, *Législation civ., comm. et crim.*, XXX, p. 372, 376 et 399.

<sup>5</sup> Legraverend, *Traité de la légis. crim. en France*, I, p. 438. — Merlin, *Répert.*, v° *Adultère*, n° 21.



passée sous silence : l'indépendance absolue du juge criminel de toute décision antérieure émanée du juge civil. La nouvelle loi autrichienne n'établit qu'une seule exception : celle où la criminalité dépend de la validité d'un mariage ; dans ce cas, le juge civil doit juger d'abord sur cette validité, et sa sentence lie le juge criminel. La jurisprudence de notre Cour suprême est conforme sur ce point <sup>1</sup>. Du reste, notre législation civile avait posé une règle identique pour les questions d'état, dans lesquelles l'article 327 du Code Napoléon suspend également l'action criminelle jusqu'après le jugement définitif du point de droit en litige devant le tribunal civil.

Pour la peine de l'amende, le § 6 établit d'abord une valeur monétaire uniforme pour toutes les provinces de l'empire, ce qui, en l'état présent, est un progrès ; ensuite, en cas d'insolvabilité relative, la loi permet au juge de remplacer l'amende par l'emprisonnement, à raison d'un jour pour 5 florins de convention (12 fr. 50 c. de notre monnaie). Notre législation est bien plus dure, puisqu'elle exige une insolvabilité absolue, et qu'elle ne remet en liberté qu'après une contrainte par corps qui dure un an pour les crimes et six mois pour les délits ; encore cette liberté n'est-elle que provisoire, et la contrainte par corps reprend son cours s'il survient au condamné quelque moyen de solvabilité (art. 53 Code pénal). Notre loi pénale a été inspirée à cet endroit par un esprit d'âpre fiscalité dont le législateur allemand a su se défendre.

Le second chapitre (§§ 7-28) s'occupe des divers fonctionnaires et des tribunaux criminels. Ce chapitre s'éloigne complètement du Code de 1850 : tout ce qui a trait au jury n'y figure plus, par suite de la suppression de cette institution. La compétence des divers tribunaux, pour les contraventions, les délits et les crimes, reste cependant réglée telle qu'elle a été définitivement assise par les décrets impériaux des 27 mai et 14 septembre 1852, les ordonnances ministérielles du 19 janvier 1853, et le décret impérial du 3 mai 1853.

Il y a, en matière pénale comme en matière civile, trois instances.

En première instance, les contraventions sont jugées par un

<sup>1</sup> Merlin, *Répert.*, v° *Bigamie*, n° 2. Arrêts de la Cour de cassation des 25 juillet et 8 août 1811.

seul juge assisté d'un greffier, et sans intervention d'un ministère public (*Bezirks-Einzel Gerichte*); les délits et les crimes, au contraire, par des tribunaux (*Landes, Kreis, und Comitats-Gerichte*) composés d'un président, de deux juges, d'un greffier, assistés d'un officier du ministère public. Le nombre des juges est doublé chaque fois que l'accusation entraîne la peine capitale ou une reclusion dépassant cinq ans. En deuxième instance, tout crime, délit ou contravention est jugé en appel devant les Cours supérieures de province (*Oberlandes-Gerichte*); enflü, en troisième et dernier ressort, mais seulement pour le cas où la Cour d'appel a été en désaccord avec le premier juge, toute contestation en matière pénale est décidée par la Cour suprême siégeant à Vienne (*Oberste Gerichtshof*). De sorte que cette Cour perd la qualité de Cour de cassation qu'elle avait sous le régime du Code d'instruction du 17 janvier 1850 et de la loi sur l'organisation judiciaire du 14 juin 1849.

Tout jugement doit être précédé d'une discussion entre les opinants, et réunir la majorité absolue des votants, qui doivent toujours être en nombre impair. Dans le cas où il y a plus de deux opinions et où aucune n'obtient la majorité des voix plus une, la loi ordonne de procéder à une seconde votation; si le résultat reste le même, les voix les plus défavorables à l'accusé sont ajoutées à celles qui s'en rapprochent le plus, de manière à obtenir la majorité absolue, et, autant qu'il se peut, un jugement qui équivaille à la moyenne des opinions émises<sup>1</sup>.

Le rapporteur donne le premier sa voix, ensuite les autres membres du tribunal, d'après l'ancienneté, de manière que les plus jeunes en fonction votent en dernier. Sur ce point, le Code de 1853 revient à l'ancienne manière de voter en usage dans les tribunaux autrichiens, tandis que le Code de 1850 avait ordonné que les plus jeunes juges opineraient les premiers.

Le juge qui a décidé pour la non-culpabilité a le droit, pour le cas où l'accusé aurait été reconnu coupable par la majorité, de s'abstenir du vote sur la pénalité. Sa voix est alors considérée comme ayant opiné pour la punition la moins grave.

L'organisation du ministère public forme l'objet du troisième chapitre (§§ 29-36). L'institution d'un ministère public, inconnu

<sup>1</sup> Cette dernière mesure se pratique depuis de longues années dans les tribunaux bavarois, et avec succès.

à la législation autrichienne avant la révolution, avait été considérée dans ce pays comme dans le reste de l'Allemagne, ensemble avec l'oralité et la publicité des débats judiciaires, comme la réforme la plus nécessaire et la plus urgente. Créé en premier lieu par les lois organiques du 14 juin 1849 et du 10 juillet 1850, le ministère public fut conservé tant par le Code de procédure criminelle de 1850 que par celui de 1853. Abandonnant l'ancien système inquisitorial, qui était le droit commun allemand, et sans aller jusqu'au système pur de l'accusation privée, qui est le droit commun de la race anglo-saxonne et la base des lois anglaises et des États-Unis d'Amérique, le législateur autrichien a consacré le système intermédiaire et sage adopté par nos Codes français, système qui a été le modèle d'un grand nombre de législations en Allemagne, en Suisse, en Italie et dans plusieurs autres pays de l'Europe et de l'Amérique.

Il est même de la dernière importance à noter que depuis quelques années des voix éloqu岸tes et expérimentées s'élèvent en Angleterre contre le système pur de l'accusation privée, où la poursuite est souvent subordonnée au caprice, à la peur ou à la mollesse de la partie lésée, et que ces voix inclinent vers une institution semblable à notre ministère public<sup>1</sup>, existant du reste depuis longtemps dans la procédure écossaise, procédure qui, sur d'autres points encore, se trouve être toute différente de celle du royaume d'Angleterre.

Du reste, sur cette importante institution d'un ministère public, il n'y a point de divergence entre les deux récentes législations de l'Autriche; toutes deux, à des détails insignifiants près, donnent au ministère public la position qu'il occupe et les attributions dont il est investi dans notre Code d'instruction criminelle<sup>2</sup>.

Le chapitre IV : *De l'accusation privée*, se compose d'un seul paragraphe; il donne à la partie lésée le droit de poursuivre dans les cas où la poursuite d'office est exceptionnellement dé-

<sup>1</sup> *Eighth report of the commissioners on criminal law*, p. 25. — Lord Brougham, *Letter to lord Lyndhurst on crim. policy*, 1847, p. 3. — *Report from the committee of the House of lords to whom was referred the bill for further amendment of the administration of criminal law*, 1843, p. 31, 39 et 47.

<sup>2</sup> §§ 51-55 du Code de 1850. — §§ 29-36 du Code de 1853.

fendue (§§ 273, 463, 467, 487-497, 502-505, 524-525 du Code pénal de 1852). Le ministère public, dans ce cas, peut à son gré se joindre sur la demande de la partie lésée, ou bien s'abs tenir, et laisser le soin de la poursuite à l'accusation privée seule.

Le chapitre V (§§ 38-51) traite de la compétence du juge criminel relativement aux personnes et aux lieux où l'action a été commise. Pour celles qui ont été consommées à l'intérieur, le *forum loci delicti* forme la règle, de même que dans le Code de 1850; tandis que dans les lois antérieures de l'Autriche, c'était tantôt le *forum loci apprehensionis*, tantôt le *forum domicilii* qui réglait la compétence. Toutes les actions qui ont de la connexité doivent être jugées par le même tribunal. Quant aux crimes ou délits commis hors du territoire de l'empire, un autre principe était nécessaire pour régler la compétence. Le Code pénal de 1852 ordonne la poursuite et punit, d'après ses propres dispositions, les actes commis hors du territoire autrichien dans les quatre cas suivants :

a) Pour tout crime commis par un Autrichien à l'étranger. S'il a déjà été condamné pour ce fait par le juge étranger, la peine encourue vient diminuer d'autant la peine portée par la loi nationale (§ 36).

b) Pour tout délit ou toute contravention commis par un Autrichien à l'étranger, si le sujet n'a pas été puni ou acquitté sur ce chef par un tribunal étranger (§ 38).

c) Pour les crimes de haute trahison envers l'empire d'Autriche ou envers la Confédération germanique, ainsi que pour ceux de faux en matière d'effets publics, de crédit ou de monnaie, commis par un étranger à l'étranger (§§ 58 et 38).

Enfin d) Pour tout autre crime commis par un étranger hors du territoire autrichien, s'il a été arrêté sur le sol autrichien, et que le gouvernement étranger refuse d'accepter l'extradition offerte (§§ 39-40).

A la lecture de ces dispositions, il est facile de comprendre combien l'action du juge criminel en Autriche est plus étendue pour la poursuite et la punition des délits commis hors du territoire que celle du juge français. Les dispositions incomplètes de notre législation (articles 5-7 du Code d'instruction criminelle) qui, en écartant l'action de la justice française, donnent lieu à une impunité scandaleuse, ou à la mesure peu

digne d'un grand État, de livrer ses propres citoyens à un tribunal étranger, ont depuis longtemps fixé l'attention de nos criminalistes. Nos lecteurs se rappelleront que, dans le projet de réforme de notre Code d'instruction criminelle, présenté par M. Martin (du Nord) dans la session de 1842-43, cette faculté de poursuivre les forfaits commis à l'étranger recevait une large extension, extension considérée comme exagérée par la chambre des pairs, qui, du reste, rejeta complètement le projet de loi.

Quant à la nouvelle loi autrichienne, nous lui ferions volontiers le même reproche d'aller trop loin dans la compétence des tribunaux à poursuivre et à juger les crimes et délits commis à l'étranger. Nous approuvons que, bien loin de se borner au principe de la territorialité, elle étende son bras vigilant sur tous ses sujets à l'étranger, se chargeant de les punir, mais en défendant en même temps de la manière la plus formelle de ne jamais faire l'extradition d'un sujet autrichien. Il est juste encore qu'elle étende son action sur le sujet étranger qui s'est rendu coupable de certaines actions graves commises au détriment de l'Autriche sur le territoire étranger, car c'est là encore une conséquence permise du principe de la légitime défense. L'article 6 de notre Code d'instruction criminelle en a fait une application semblable. Jusqu'ici la loi autrichienne mérite toute notre approbation. Mais nous avouons ne pas comprendre sur quel principe repose le droit du juge, de punir indistinctement tout crime commis par un étranger hors du territoire, si le coupable est arrêté sur le sol autrichien, et que le gouvernement étranger intéressé, loin d'exiger l'extradition, refuse de recevoir le coupable (§§ 39-40)<sup>1</sup>.

Pour tous ces actes commis à l'étranger, où le *forum delicti* ne peut entrer en considération, le Code de procédure de 1853 indique le *forum* du domicile ou de la résidence du coupable comme le seul compétent, et à son défaut, le *forum deprehensionis*. Le Code de 1850 avait établi la même règle (§ 66).

<sup>1</sup> Les commentateurs du Code pénal autrichien, Egger, Jenull, Wessely, cherchent à défendre cette disposition. Ils trouvent le droit de punir dans une prétendue délégation que l'État, qui refuse de recevoir le coupable, donne au pays qui offre l'extradition; dans l'obligation morale qu'a tout État de ne point laisser de crime impuni et de ne pas souffrir que le coupable souille impunément son territoire.

L'exterritorialité des envoyés diplomatiques étrangers, de leur famille et de leur personnel, est établie par le § 48. Quant aux serviteurs ou domestiques des légations, ils ne jouissent de ce privilège qu'autant qu'ils sont en même temps sujets du souverain que leur maître représente.

Le chapitre VI (§§ 52-59), qui s'occupe d'abord des motifs qui amènent l'exclusion et ensuite de la récusation des juges et greffiers, respire l'esprit le plus libéral et le plus tutélaire pour les intérêts des justiciables. Chaque fois que dans une affaire le juge ou le greffier est la partie lésée, ou bien parent, allié, conjoint, tuteur ou pupille, débiteur ou créancier soit de l'accusé ou de la partie lésée, soit de l'organe du ministère public, de la partie plaignante ou du défenseur, il est exclu de droit de la connaissance du procès; de même quand il a été témoin ou expert, quand il a agi antérieurement en qualité de juge d'instruction, de ministère public ou de défenseur dans la même cause. Le juge qui a opiné dans une instance inférieure ne peut siéger dans la même cause en instance supérieure. Dans tous ces cas, le fonctionnaire doit faire connaître lui-même les motifs de son exclusion.

De plus, dans tout autre cas de suspicion légitime, la récusation des juges, greffiers et officiers du ministère public est permise, tant au prévenu qu'à la partie lésée et à l'organe du ministère public (§§ 56-59).

Les motifs de récusation sont jugés par le président du tribunal en question, et en appel par tous les membres de ce tribunal. S'il s'agit de la récusation du président lui-même, c'est le tribunal immédiatement supérieur qui décide (§ 57).

Enfin, les matières si épineuses de la poursuite, de l'instruction et du jugement forment l'objet des chapitres VII à X (§§ 60-257) du nouveau Code. Cette partie offre un avantage marqué d'unité sur notre Code d'instruction criminelle, qui a eu le tort de séparer cette matière dans ses deux premiers livres, quoiqu'une foule de dispositions du premier livre : *De la police judiciaire*, et du titre 1<sup>er</sup> du second livre, intitulé : *Des tribunaux de police*, soient également applicables à l'instruction des affaires soumises au jury, qui font l'objet du titre suivant.

Autrefois, en Autriche, comme dans les autres pays du droit commun allemand, le même genre de fonctionnaire était chargé de tous les actes de la procédure criminelle, depuis la première

recherche du délit jusqu'à la condamnation inclusivement, ce qui cumulait dans le même magistrat les rôles d'accusateur, d'instructeur et de juge. Dans les causes de moindre importance, c'était même l'individu qui avait instruit l'affaire qui la jugeait. L'instruction, tout inquisitoriale, était divisée en deux parties : l'*inquisition générale*, ayant pour objet la constatation du fait et la recherche de l'auteur, et l'*inquisition spéciale*, qui se trouvait être dirigée contre un ou plusieurs individus suspectés et spécialement désignés. Puis venait le jugement, qui se faisait sans publicité et sur pièces écrites.

Diverses lois intervenues depuis la révolution de 1848 avaient substitué à cet état de choses un ordre mieux en harmonie avec les progrès des lumières et de la science, notamment le Code d'instruction criminelle de 1850 s'était presque donné pour modèle la procédure française. Le Code nouveau de 1853 se rapproche davantage de la procédure allemande et des formes en usage dans les pays autrichiens avant 1848. L'instruction ou l'information (*Informations-prozess*), en matière criminelle, y est divisée en trois phases :

I. L'instruction proprement dite, ayant pour objet la constatation du crime (*Untersuchungs-verfahren*), qui se subdivise en inquisition ou enquête générale (*Voruntersuchung*) et en inquisition ou enquête spéciale (*Special-Untersuchung*), division que les Codes récents de Prusse, du royaume de Saxe, de Wurtemberg, de Bade, et même le Code autrichien de 1850 avaient abolie, et qui a trouvé des contradicteurs parmi les criminalistes allemands. Les partisans de cette division répondent qu'elle est nationale, qu'elle a de tout temps été pratiquée dans les pays autrichiens, mais que, de plus, elle est basée sur un principe : L'enquête générale ne s'occupant que du côté objectif du délit; l'enquête spéciale, au contraire, du côté subjectif, c'est-à-dire, des personnes qui sont suspectées de l'avoir commis.

II. La deuxième phase de l'instruction est la mise en accusation ou la mise hors d'accusation (*Versetzung in den Anklagestand*).

III. La troisième est formée par les débats publics et contradictoires qui ont pour résultat la sentence (*Mündliche Schluss-verhandlung*).

Dans la première phase le principe inquisitorial forme la

base, comme dans nos Codes. Le juge d'instruction, les magistrats de la police judiciaire et le ministère public sont chargés d'office de la recherche et de la constatation des délits, ainsi que de la réunion des preuves de culpabilité.

Les attributions du juge proprement dit sont limitées aux phases subséquentes du procès, telles que la mise en accusation, la conduite des débats oraux et le jugement définitif.

La position du juge d'instruction est dans le nouveau Code autrichien plus indépendante que dans nos lois. Cette dépendance avait déjà souvent été blâmée par les jurisconsultes étrangers, et d'heureuses modifications sur ce point ont été faites par le Code d'instruction néerlandais de 1838 (art. 55-82).

Dans le Code autrichien qui nous occupe, le juge d'instruction a le droit, en cas de dissentiment avec le ministère public, de faire juger le différend par le tribunal; de plus chaque citoyen peut recourir au même moyen, s'il croit avoir à se plaindre d'actes ou d'omissions de la part de ce magistrat (§ 64).

La distinction de nos lois en mandat de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt, se retrouve dans le Code autrichien, et sur ce point le pays a gagné une amélioration des plus sérieuses, car de tout temps les fonctionnaires autrichiens se sont distingués par leur dédain pour la liberté individuelle, ainsi que par leur facilité à arrêter sur le plus léger indice. Le Code de 1850 y avait, du reste, déjà mis bon ordre. Mais la liberté provisoire que ce Code<sup>1</sup> avait admise, quoique d'une manière fort restreinte, est entièrement proscrite par le nouveau Code de 1853; ses auteurs prétendent, non sans quelques justes motifs, que cette mesure manque le plus souvent son but: la certitude de pouvoir mettre la main de la justice sur le prévenu libéré sous caution.

En effet, il faut l'avouer, la caution solvable ou le cautionnement personnel en valeurs, tel que le Code français l'établit, en fixant un minimum de 500 francs, et en prenant pour base pour le reste le chiffre de l'amende ou des réparations civiles, est en désaccord avec le principe que la loi doit être la même pour tous; car il dépendra ainsi de la position pécuniaire du prévenu, que ce cautionnement sera d'un poids léger sur ses déterminations, ou bien qu'il sera tellement lourd, que l'inculpé,

<sup>1</sup> §§ 204 et suiv. — Coll., § 191, lett. C.



dans l'impossibilité de la produire, sera privé du bénéfice de la loi : en un mot, le cautionnement sera inefficace pour les uns et inaccessible pour les autres <sup>1</sup>.

Un autre reproche à faire à la loi française, c'est que l'élargissement sous caution n'est plus permis dès que l'accusation porte sur un fait emportant une peine afflictive ou infamante (*Instr. crim.*, art. 113). Il est fort à regretter que ce point de notre législation n'ait pas été réformé à l'occasion de la loi tout récemment adoptée, et qui s'est bornée à modifier un paragraphe de l'article 14 du Code d'instruction criminelle. Le résultat de cette modification, que nous approuvons du reste complètement, est la distinction entre le mandat de dépôt et celui d'arrêt; elle abrégera, ou plutôt elle prévendra souvent les détentions préventives, en donnant au juge d'instruction, quelle que soit la nature de l'inculpation, la faculté de donner mainlevée du mandat de dépôt, sans caution, et à la seule charge par le prévenu de se représenter à la première réquisition.

Quant aux dispositions presque identiques des deux Codes de 1850 et 1853 <sup>2</sup>, établissant l'arrestation du prévenu, elles donnent au magistrat-instructeur une latitude bien plus grande qu'à notre juge d'instruction, et toute en faveur du prévenu.

D'un autre côté, la faculté de maintenir l'inculpé en état d'arrestation est plus grande en Autriche, attendu qu'indépendamment du cas obligatoire, celui de l'accusation d'un crime em-

<sup>1</sup> Cette question délicate nous paraît avoir été le mieux résolue par Livingston, dans ses motifs du Code de procédure de la Louisiane :

« Le montant du cautionnement ne saurait être proportionné par la loi aux circonstances de chaque cas particulier : c'est un des points les plus importants et les plus délicats de l'exercice du pouvoir judiciaire. Il doit être balancé de manière à ne pas permettre qu'un délinquant riche échappe à la loi moyennant le payement d'une dette pécuniaire, ni que ce privilège soit hors de la portée du pauvre. Afin d'en faire une garantie certaine de la comparution de la partie, il doit être déterminé d'après les conditions suivantes :

» 1° La nature de la punition à infliger en cas de condamnation; 2° la situation pécuniaire de la personne accusée. Si l'offense est punissable par les travaux forcés, l'emprisonnement ou la privation des droits civils, le désir d'échapper à la punition étant plus grand, doit être contrebalancé par une plus forte garantie. La fortune de l'accusé doit aussi être prise en considération; le pauvre peut être surchargé par l'imposition d'un montant de cautionnement qui serait de nulle garantie pour la comparution du riche. »

<sup>2</sup> §§ 191 et suiv. du Code de 1850. — §§ 156 et suiv. du Code de 1853.

portant une peine d'au moins cinq ans de reclusion, elle peut encore être ordonnée par le magistrat-instructeur dans les cas suivants, dont l'appréciation dépend nécessairement de son arbitre :

a) Quand il pense qu'il y a lieu de craindre que la liberté de l'inculpé pourrait amener la corruption des témoins ou la suppression des traces du délit ;

b) Quand le prévenu se cache, a déjà pris la fuite, ou fait des préparatifs pour se soustraire à l'action de la justice ;

c) S'il est inconnu dans sa commune, vagabond, ou suspect à cause de sa mauvaise réputation ;

d) Enfin, quand l'action coupable a causé un grand scandale.

L'instruction proprement dite terminée par le ministère public et le juge d'instruction, les pièces sont remises au tribunal compétent, qui statue après le rapport d'un de ses membres sur la mise en accusation.

Arrivée à cette deuxième phase de la procédure, la loi autrichienne s'éloigne considérablement des règles établies par notre législation. Trois systèmes différents divisent les Codes contemporains en fait de mise en accusation pour les délits d'une certaine importance : le système anglais et américain avec le grand-jury ou jury d'accusation répondant à l'unanimité de douze voix *True bill* en cas d'affirmative, et *Not found* en cas de négative ; le système français avec le double examen de la prévention par la chambre du conseil et par la chambre de mise en accusation ; enfin le système suivi généralement par les Codes récents de l'Allemagne <sup>1</sup>, qui abandonne cet examen à un seul corps judiciaire.

Les criminalistes d'outre-Rhin sont pour la plupart d'avis que le double examen de l'accusation, établi par nos lois, n'offre pas un surcroît de garantie ; d'abord parce que la responsabilité de la mise en accusation se trouve divisée, ensuite parce que le juge d'instruction est présent et opine dans la chambre du conseil ; parce que l'avis de la minorité, la voix d'un seul juge suffit

<sup>1</sup> C. d'instr. crim. de Wurtemberg, art. 10. — Bade, §§ 205-7. — Hesse grand-ducale, art. 73. — Nassau, art. 75. — Canton de Vaud, art. 197. — Code autrichien de 1850, §§ 223-231. — Projet de Code d'instr. crim. saxon de 1853, § 227.

Par contre, le projet de Code pour la Hesse-Électorale, §§ 179-182, a préféré le système français du double examen.

dans cette chambre pour renvoyer l'inculpé devant la chambre de mise en accusation (art. 133 Instr. crim.), ce qui est une grave déviation du principe de la majorité; enfin, parce que devant la chambre de mise en accusation le rapport est fait et l'affaire présentée par l'une des parties seulement, le ministère public, tandis que l'inculpé ne peut pas s'y faire entendre. Car la faculté que lui accorde notre Code d'instruction (art. 217) de faire parvenir des mémoires écrits à la Cour, avant la mise en accusation, ne peut suppléer à une défense de vive voix, et fait tache dans notre système oral; c'est évidemment un vestige de l'ancienne procédure écrite<sup>1</sup>.

Aussi, par les motifs que nous venons d'énumérer, les auteurs du nouveau Code autrichien ont préféré à notre système celui d'une autorité unique, qui prononce à la fois sur les poursuites et sur la mise en accusation (§§ 192-201).

Mais voici une divergence plus considérable encore de nos lois, en ce qu'elle repose sur un principe diamétralement opposé à celui qui forme la base de la matière dans notre législation.

En effet, la loi actuelle en France et en Angleterre, ainsi que celle des contrées de l'Europe et de l'Amérique qui ont calqué leurs Codes criminels sur ceux de ces deux pays, ne reconnaît que la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, en n'admettant aucune mesure intermédiaire, aucune décision judiciaire qui laisse le prévenu dans un état qui ne soit ni l'acquiescement ni la condamnation.

La loi romaine, au contraire, la jurisprudence ancienne, tant en France qu'en Allemagne, et aujourd'hui encore plusieurs législations de ce dernier pays admettent, sous différentes formes, ces sentences intermédiaires; le Code autrichien de 1853 consacre ce principe, qui nécessairement donne lieu, pour toutes les décisions en affaire pénale, à des dispositions qui en sont le corollaire forcé. Nous reviendrons avec plus de détail sur cette question grave, lors du jugement définitif après le débat oral, attendu que c'est principalement sur cette phase de l'in-

<sup>1</sup> Un savant magistrat français (M. Bonneville, dans une série d'articles publiés dans la *Gazette des tribunaux* des 10, 14, 26, 27, 28 et 29 décembre 1853) est allé plus loin; non-seulement il ne voit pas de garantie dans le double examen de la prévention, mais il regarde la chambre du conseil comme une institution inutile, et en demande la suppression.

struction criminelle qu'influe la diversité des deux principes. Quant à présent, nous nous bornons à constater ses conséquences sur la décision judiciaire qui termine l'instruction, et qui met l'inculpé en état ou hors d'accusation.

D'après notre Code, l'instruction faite, la chambre du conseil n'a que deux choses à faire : ou bien elle prononce une ordonnance de non-lieu, c'est-à-dire que si le fait ne présente ni crime, ni délit, ni contravention, ou s'il n'existe aucune charge contre l'inculpé, elle déclare qu'il n'y a pas lieu à poursuivre (art. 128 et suiv.); ou bien elle renvoie l'inculpé devant le tribunal compétent, selon que le fait constitue une contravention, un délit ou un crime.

De même, dans les affaires soumises au jury, la chambre des mises en accusation de la Cour ordonne la mise en liberté du prévenu, soit qu'elle n'aperçoive aucune trace d'un fait prévu par la loi, soit qu'elle ne trouve pas d'indices suffisants de culpabilité; ou bien elle prononce le renvoi devant le tribunal compétent (art. 229 et suiv. C. d'instr. crim.).

Le Code autrichien de 1850 avait sur ce point fidèlement copié les dispositions de notre loi (§ 228). Mais le nouveau Code les abandonne pour revenir aux principes de l'ancienne jurisprudence allemande. A côté de la mise en accusation (*Anklage-Beschluss*) et de l'ordonnance de non-lieu (*Ablassung-Beschluss*), il admet l'ordonnance qui suspend l'instruction (*Einstellung-Beschluss*); toutes ces trois décisions doivent être accompagnées de considérants; et quant à l'ordonnance de non-lieu, il est dit expressément dans le § 199, al. 3, qu'elle doit être rédigée sous la forme d'un certificat d'innocence, dans le cas où les juges n'auraient trouvé aucun fait incriminé, comme dans celui où le prévenu se serait entièrement disculpé. La conséquence forcée en est qu'il y a deux formes d'ordonnances de non-lieu; dont l'une est un acquittement complet, tandis que l'autre laisse planer le doute sur les personnes suspectées; car, quoique la loi autrichienne n'admette cette forme de non-lieu que dans l'enquête générale, et qu'autant qu'il n'y a pas eu d'enquête spéciale contre un ou plusieurs individus désignés, cette distinction subtile n'empêchera point que la rumeur publique n'indique certaines personnes comme suspectes ou coupables.

Si ces dispositions de la loi autrichienne donnent lieu à la

critique, l'instruction terminée et l'arrêt de mise en accusation une fois prononcé, le sort de l'inculpé y devient plus favorable que dans notre Code. En effet, tandis que chez nous la parole n'est donnée réellement à la défense que le jour du débat oral et du jugement définitif, puisque la production d'un mémoire de défense, accordée par l'article 217 de notre Code d'instruction, n'est accompagnée d'aucune garantie pour l'inculpé, les Codes autrichiens de 1850 et de 1853 autorisent l'accusé à se défendre contre l'arrêt de mise en accusation. Dans ce but, il peut adresser un mémoire de défense; choisir un avocat; et ce que notre loi ne permet pas, il peut à cet effet prendre connaissance des pièces et actes de l'instruction<sup>1</sup>; un délai de huit jours lui est accordé, avant l'expiration duquel la procédure ne peut reprendre son cours.

Mais une garantie bien plus précieuse encore est donnée au prévenu par la faculté d'appeler à une instance supérieure, du jugement qui l'a mis en accusation. C'est le neuvième chapitre qui règle cette matière. La faculté d'appeler est concédée tant à l'inculpé qu'au ministère public et à la partie civile; l'appel est suspensif, et le ministère public peut s'en prévaloir même en faveur de l'accusé. L'appel doit être porté dans la huitaine devant le tribunal supérieur qui fait faire un rapport par l'un de ses membres.

Par conséquent, nous rencontrons sur ce point une importante déviation de notre instruction criminelle, car la loi française n'admet que le pourvoi en nullité contre l'arrêt de renvoi, et cela dans ces quatre cas seulement :

- 1) Si le fait n'est pas qualifié crime par la loi;
- 2) Si le ministère public n'a pas été entendu;
- 3) Si l'arrêt n'a pas été rendu par le nombre de juges fixés par la loi;
- 4) Pour cause d'incompétence<sup>2</sup>.

Le Code autrichien se garde de restreindre à ces quatre cas la faculté d'appeler des arrêts de mise en accusation; car l'incompétence ou toute autre violation de la loi, tant au fond que pour la forme, y donne également droit. Si c'est l'accusé qui use de la faculté d'appeler, le tribunal supérieur ne peut modifier l'ar-

<sup>1</sup> §§ 222 du Code de 1850. — §§ 202 et suiv. du Code de 1853.

<sup>2</sup> Art. 299 C. d'instr. crim., modifié par la loi des 10-15 juin 1853 (*Bulletin des lois*, n° 512).

rêt attaqué à son détriment ; mais dans le cas où l'appel est interjeté par le ministère public ou par la partie civile, la Cour conserve toute latitude de modifier l'arrêt tant en faveur qu'au détriment de l'accusé. Conformément aux règles générales de la législation autrichienne, qui n'admet la troisième instance qu'en cas de dissentiment des deux premières, aucun pourvoi, ou pour parler plus correctement, aucun second appel n'est admis, lorsqu'en deuxième instance l'arrêt du premier juge est confirmé, ou bien que sur l'appel de l'accusé, l'arrêt se trouve modifié en sa faveur. Pour les autres cas, le ministère public et la partie civile ont la faculté de se pourvoir en dernière instance devant la Cour suprême.

Nous arrivons maintenant à la troisième et à la plus importante phase de la procédure, au débat oral devant le juge (*Schlussverhandlung*). De même que chez nous, la procédure, jusqu'à cet endroit purement inquisitoriale, devient contradictoire, orale et publique. Mais le jugement par jurés, consacré par le Code de 1850, est supprimé par le nouveau Code de 1853, par des considérations que nous avons déjà eu occasion d'indiquer à plusieurs reprises ; ce sont des magistrats jurisconsultes qui prononcent à la fois sur le point de fait et sur le point de droit, ou pour parler un langage plus familier, sur la culpabilité de l'accusé et sur la peine à infliger.

Nos lecteurs savent combien cette question du jury a été agitée en Allemagne ; des congrès de jurisconsultes ont eu lieu ; des centaines d'ouvrages ont été écrits sur cette matière ; et le mouvement réformateur qui fut la suite de 1848 donna, presque dans l'Allemagne entière, gain de cause aux partisans de cette institution. Le parlement de Francfort la rangea parmi les droits fondamentaux de cet empire futur qui n'a jamais vu le jour, et ne le verra probablement de longtemps.

Quoi qu'il en soit, presque tous les pays allemands, à partir de 1848, adoptèrent le jury, sinon en toute matière pénale, du moins pour certaines catégories d'actions incriminées. Depuis, l'enthousiasme pour cette institution s'est refroidi, ce qui doit être attribué autant aux épreuves inévitables d'un changement aussi capital dans l'administration de la justice criminelle, qu'au courant d'opinions contraires qui pousse les gouvernements de l'Allemagne à retirer ou du moins à amoindrir les

concessions qu'ils ont été obligés de faire depuis le grand ébranlement de 1848.

Cependant, parmi les pays allemands d'une certaine importance, il n'y a jusqu'aujourd'hui que le royaume de Saxe et l'empire d'Autriche qui, dans leurs nouveaux Codes de procédure criminelle, datant tous les deux de 1853, suppriment le jury d'une manière absolue, et rendent la connaissance de tous les crimes et délits indistinctement aux juges magistrats seuls.

Il nous est permis peut-être de regretter que de nombreuses populations soient ainsi privées d'une institution longtemps l'objet de leurs vœux, mais ne nous hâtons pas de condamner ces législateurs d'une manière absolue. Que le jugement par jurés soit une belle, admirable et populaire institution, nous en avons la preuve dans le désir presque unanime des nations les plus civilisées des deux hémisphères à se l'approprier, et plus encore dans l'attachement que lui portent les nations étant en possession de ce bien, qui forme une des garanties les plus essentielles des nations libres.

Mais d'abord pour excuser, pour expliquer tout au moins les hésitations et les tergiversations des récentes lois criminelles de l'Allemagne, rappelons-nous les débuts incertains du jury dans notre patrie. Rappelons-nous qu'établie par la loi du 16 septembre 1791 et consacrée par le Code pénal de l'an IV, cette institution avait amené dans ses premiers résultats des mécomptes tels et des scandales judiciaires si énormes, que la Cour de cassation, après une dizaine d'années d'expérience, fit entendre ces sévères paroles :

« Le triste résultat de l'impunité des plus grands crimes offensant la morale publique, effrayant la société, a presque conduit à douter si l'institution des jurés, si belle en théorie, n'a pas été jusqu'aujourd'hui plus nuisible qu'utile dans ses effets. »

Et réellement le gouvernement consulaire s'était vu forcé de recourir à des mesures exceptionnelles, à suspendre le jury dans plusieurs départements, et à constituer des tribunaux spéciaux pour raffermir les bases ébranlées de la sécurité publique.

Rappelons-nous encore que lorsqu'en 1804 le conseil d'État aborda la discussion d'un nouveau Code criminel, les débats les plus opiniâtres s'établirent sur la conservation du jury; que les hommes les plus éminents, les Portalis, les Siméon, les Bigot

de Préameneu, s'élevèrent contre cette institution; et que si elle fut conservée à cette époque, ce ne fut qu'à titre d'essai, et pour être discutée et non moins vivement attaquée en 1808 lors de la discussion de notre Code d'instruction actuel.

Ne nous étonnons donc pas qu'en présence des difficultés presque insurmontables que présentaient la diversité des nationalités, la différence des idiomes, et surtout l'état arriéré des classes moyennes dans une grande partie des provinces autrichiennes; difficultés telles, que même le législateur de 1850 n'avait pas osé mettre en vigueur dans toute la moitié orientale de l'empire le jugement par jurés, qui formait la base de sa procédure; ne nous étonnons donc pas que le législateur de 1853 se soit cru obligé de supprimer complètement ce mode de procédure.

Du reste, les pays privés actuellement du jury, dans les affaires de grand criminel, peuvent espérer être en quelque sorte indemnisés en recevant cette institution plus tard, mais perfectionnée; car la science et la pratique sont loin d'avoir dit leur dernier mot. Les règles divergentes sur le jury suivies en France, en Angleterre, en Écosse, aux États-Unis, les variations de notre propre législation, n'attestent-elles pas que les sociétés modernes n'ont pas encore assis cette institution sur des bases définitives? Chez nous, chaque nouveau gouvernement, depuis soixante années, n'a-t-il pas refait les lois sur la composition des listes des jurés, et celles qui fixent la majorité nécessaire pour condamner? Il n'est pas possible de traiter ici incidemment toutes les graves questions que cette matière présente pour le législateur qui aime le progrès et les sages réformes; cependant, que les lecteurs de la *Revue* nous permettent d'indiquer deux points sur lesquels le jury en France demande une prompte réforme.

I. Quant à la compétence, il est de la plus haute nécessité de restreindre la juridiction du jury aux grands crimes, emportant les châtimens les plus sévères de notre péualité. Aujourd'hui, le plus souvent, les intérêts qui se débattent en Cour d'assises ne sont nullement en rapport avec la solennité des audiences, avec l'appareil judiciaire qui s'y déploie, et surtout avec le sacrifice que font trente citoyens qui se trouvent arrachés à leur vie habituelle, à leurs occupations, à leur profession, et cela dans une société essentiellement démocratique où tout le monde, à peu près, a besoin de son temps pour vivre et faire vivre les



siens. Dans la voie où nous sommes engagés, la diminution de l'autorité, de la solennité du jugement par jurés, et l'indifférence et la lassitude dans l'accomplissement de ce devoir important, sont les conséquences inévitables de la situation actuelle<sup>1</sup>.

Cette question, depuis quelque temps, fixe l'attention des esprits pratiques en France<sup>2</sup>. Une disposition législative qui permettrait de renvoyer devant les tribunaux correctionnels tout crime qui, par suite d'une excuse légale ou par une circonstance atténuante quelconque, n'entraînerait plus une peine afflictive ou infamante; ce que les uns appellent *décriminaliser*, les autres *correctionnaliser*. Toutefois, quel que soit le terme à employer, il est certain qu'une semblable mesure aurait d'abord l'effet salutaire de restreindre considérablement les procès devant les Cours d'assises; par conséquent d'exonérer le jury

<sup>1</sup> Le garde des sceaux l'avoue ouvertement dans le compte rendu de l'administration de la justice criminelle pour 1850 : « En général, dit-il, les jurés se montrent bien moins disposés à réprimer les attentats contre l'ordre public que ceux dirigés contre les particuliers..... Les accusés de concussion, de corruption, de banqueroute frauduleuse, de faux, etc., sont l'objet d'une indulgence vraiment déplorable..... La plupart de ceux qui n'obtiennent pas un acquittement complet ne sont punis que des peines correctionnelles..... On est presque à se demander s'il n'y aurait pas plus d'avantages à confier à la juridiction correctionnelle le soin de réprimer ces attentats qui, devant le jury, trouvent une si faible répression. »

<sup>2</sup> Ce qui prouve que ce n'est pas une vaine théorie, mais l'expérience et la pratique qui réclament cette modification de notre procédure actuelle, c'est que ce sont tous des magistrats en exercice qui le demandent. M. Duverger, dans une note de son *Manuel du juge d'instruction* (t. I, p. 275), se borne à émettre le vœu sans indiquer le remède. Les autres auteurs diffèrent sur le nouveau mode à adopter. M. de Bonneville, dans son travail déjà cité (*Gazette des tribunaux* de décembre 1853), et M. Caze, conseiller à la Cour impériale de Toulouse (dans un Mémoire sur le jury imprimé dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. II, livraison 1, p. 122 et suiv.), veulent investir la chambre d'accusation de la faculté de correctionnaliser les faits réputés crimes par le Code pénal actuel. M. Rousset, substitut à Barcelonnette (dans un article inséré dans cette *Revue*, livraison d'août-septembre 1854, p. 352 et suiv.), préférerait que les chambres du conseil fussent investies de cette faculté. — Ce dernier moyen nous paraît moins désirable; car la plus forte objection que nous aurions à y faire, et que M. Rousset n'a pas discutée, c'est que de cette manière l'accusé, dont on veut au fond améliorer le sort, serait placé dans une situation moins favorable, puisqu'il se verrait privé ainsi du double examen que la loi actuelle fait subir, dans la chambre du conseil et dans la chambre d'accusation, aux faits, indices et preuves sur lesquels repose l'inculpation.

d'une charge trop lourde; de relever la majesté des procès criminels et le sentiment des graves devoirs qui incombent aux jurés. Les conséquences immédiates de cette réforme si désirable seront une plus grande sévérité dans la répression, une diminution très-sensible des frais de procédure pour l'État, et la possibilité ultérieure de pouvoir restreindre le nombre des Cours d'assises; enfin, ce qui est le plus important pour le justiciable, une notable abréviation de la détention préventive.

Les pays qui ont reçu nos Codes comme base de leur législation, lors de leur réunion avec la France ou lors de leur conquête par nos armes, ont souvent développé cette législation à leur manière, et quelquefois, en matière pénale surtout, on y a accompli des réformes que nous sommes encore à réclamer.

Ainsi la mort civile, dont l'abolition avait été demandée par deux générations de publicistes en France, et que nous venons seulement d'obtenir par la loi du 31 mai 1854, la Constitution belge de 1831 l'a supprimée depuis près d'un quart de siècle. De même la loi belge du 18 février 1852, sur la détention préventive, a beaucoup amélioré cette partie de la procédure, et réglé d'une manière plus satisfaisante les mandats à décerner, la mise en liberté provisoire et le cautionnement. Enfin la mesure que nous réclamons d'accord avec plusieurs magistrats expérimentés, à l'effet de circonscrire les attributions du jury, est depuis longtemps réalisée en Belgique. En effet, les lois du 15 mai 1838, art. 26-27, et du 1<sup>er</sup> mai 1849, art. 4, donnent à la chambre du conseil statuant à l'unanimité des voix, et à la chambre de mise en accusation à la simple majorité, le droit de renvoyer le prévenu d'un crime devant la juridiction correctionnelle, lorsqu'il existe des circonstances atténuantes. Du reste, nos chambres du conseil, en l'absence de toute disposition législative, ont adopté une jurisprudence qui conduit, en partie du moins, au même résultat. Elles n'admettent plus que rarement, dans le règlement de la compétence, des circonstances aggravantes qui constituent le crime, afin de réduire l'action coupable aux proportions d'un simple délit. C'est ce qui explique la diminution qu'éprouve dans nos statistiques récentes le nombre des crimes, et le grand accroissement des délits <sup>1</sup>.

II. La faculté illimitée concédée au jury français de déclarer

<sup>1</sup> Voir l'Exposé des motifs de la loi actuelle sur la composition du jury, adressé au Corps législatif le 2 avril 1853.

des circonstances atténuantes, et l'abaissement forcé de la pénalité qu'y a attaché la loi du 28 avril 1832, ont dépassé le but du législateur. Il a voulu diminuer les cas d'impunité, et il a produit une répression incertaine, capricieuse, et par suite insuffisante.

Qui, en effet, n'a pas entendu les plaintes répétées tous les jours sur ce qu'on nomme l'omnipotence des jurés? Ne voyons-nous pas sous nos yeux des verdicts qui prononcent des circonstances atténuantes, parce que les membres du jury trouvent la peine édictée par la loi trop grave, et se mettent ainsi en contradiction formelle avec l'article 342 de notre Code d'instruction criminelle, qui défend aux jurés de s'occuper de la pénalité, en leur disant en toutes lettres « qu'ils manquent à leur premier devoir lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire? »

Mais y a-t-il surtout témérité à admettre que parmi cette masse de verdicts accompagnés de la formule des circonstances atténuantes, il y en ait plus d'un qui n'est dicté que par le manque d'une conviction intime, pleine et entière; et que le juré opère ainsi une transaction avec lui-même en contravention formelle avec une autre règle fondamentale de notre législation? — Il est permis de le penser, d'autant plus que la jurisprudence du jury anglais nous offrira à cet égard des exemples extrêmement curieux.

Enfin, les jurés en France ne se rendent-ils pas fréquemment coupables d'une bien plus grave transgression de la loi, en déclarant non coupables des accusés dont le crime est clair comme la lumière du soleil, des accusés qui ont eux-mêmes avoué le fait, quand la position de l'inculpé leur inspire un intérêt particulier, soit par les motifs qui l'ont amené à commettre le crime, soit qu'une longue détention préventive leur paraisse avoir suffisamment expié l'acte coupable?

Un tel système n'est pas seulement contraire aux dispositions de nos Codes, il blesse encore le principe de la délégation des pouvoirs; ce système ne peut se concevoir qu'à Athènes ou à Rome, quand le peuple rassemblé réunissait à la fois l'autorité législative, le pouvoir judiciaire et le droit de grâce.

Mais ce qui, abstraction faite de toute théorie spéculative, est constaté par notre statistique criminelle, c'est que la loi du

28 avril 1832 avait, pendant les premières années, arrêté l'impunité, mais que, depuis, l'abus de la déclaration des circonstances atténuantes a eu pour résultat une répression insuffisante et arbitraire, et par suite une augmentation considérable de la criminalité.

La réforme est urgente, quoiqu'on puisse hésiter sur le remède à appliquer. Deux opinions se sont formées sur cette grave matière. L'une, voulant conserver au jury le pouvoir d'atténuer la pénalité, propose des palliatifs afin de contenir cette faculté dans de raisonnables limites. Ainsi on a proposé de ne plus attacher à la déclaration des circonstances atténuantes un effet aussi absolu sur l'abaissement de la peine que le prescrit la loi en vigueur. On a voulu que le jury fût obligé d'indiquer les motifs de sa déclaration atténuante. Les uns ont demandé que la déclaration des circonstances atténuantes ne pût se faire par le jury qu'à l'unanimité; d'autres ont exigé que cette formule ne pût être prononcée que par la majorité des jurés réunie à la majorité des juges magistrats.

L'autre opinion est plus absolue. Selon elle, la faculté de déclarer des circonstances atténuantes doit être ôtée aux jurés et transportée aux juges magistrats. Ce serait revenir au système que la loi du 25 juin 1824 avait inauguré pour certains crimes seulement, en le généralisant. Selon cette dernière opinion, ce n'est pas non-seulement un droit périlleux que la loi de 1832 aurait accordé au jury, il serait en désaccord avec le caractère de l'institution. L'institution du jury étant basée sur la séparation du jugement du fait et du droit, on doit prévenir le danger d'un pouvoir unique appréciant ces deux ordres d'idées. Or la faculté de déclarer des circonstances atténuantes renverse cette séparation, et force le juré à faire incursion sur le domaine du droit. Nous n'avons pu qu'indiquer les différents points d'appréciation; le cadre de notre travail ne nous permet pas d'entrer dans la polémique du sujet.

Toutefois, il ressort de toutes ces graves questions à l'état de discussion, qu'au lieu de rompre impitoyablement le bâton sur toutes les procédures criminelles d'où le jury est exclu, nous ferions mieux de perfectionner dans nos propres lois cette précieuse institution, dont nous sommes les partisans déclarés, mais que nous voudrions, par cette raison même, voir débarrassée des vices qui la déparent, et qui, dans la bouche de nos

adversaires, se transforment en arguments contre l'institution elle-même.

Après cette digression revenons au Code autrichien. Les débats, ce que les juristes allemands appellent *Schlussverhandlung*, sont contradictoires, publics, basés sur l'oralité, et s'appuient, par conséquent, sur les mêmes principes que notre législation en cette matière. Comme le nôtre, le Code autrichien de 1850 avait établi une exception à la publicité des audiences, et permis le huis-clos dans les cas où la publicité des débats pouvait offenser les bonnes mœurs (§§ 260-263). Le nouveau Code de 1853 élargit cette exception, attendu que les tribunaux peuvent ordonner le huis-clos pour des motifs de pudeur ou de convenances de la part du lésé ou des témoins, ainsi que par des considérations de sûreté ou de moralité publiques. De plus, les tribunaux sont obligés de proscrire la publicité dans les accusations d'offenses envers l'honneur, telles qu'injure, diffamation, calomnie, si les deux parties le réclament. Mais en dehors même de ces exceptions assez nombreuses, la publicité des audiences n'est point absolue comme en France, où elle n'est limitée que par le nombre de personnes que peut contenir le local. Le législateur autrichien ne donne le droit d'assister aux débats qu'aux différents magistrats, fonctionnaires et agents de la justice ou de la force publique; aux défenseurs inscrits dans le ressort de la Cour; aux professeurs de législation et de sciences administratives; aux parties lésées; enfin à dix personnes spécialement désignées par moitié par les deux parties. En dehors de ces personnes, le président peut admettre, selon son bon arbitre, des individus convenables du sexe mâle, ou bien les exclure de l'audience.

La loi nouvelle n'exige pas seulement qu'on donne à l'accusé un défenseur d'office, elle consacre encore l'institution du défenseur des pauvres, quand il est constaté que le prévenu manque de moyens de payer les frais (§ 213).

La police de l'audience, l'audition des témoins et des experts, ainsi que les débats entre l'accusation et la défense, n'offrent rien de bien saillant, attendu que les dispositions qui les concernent ressemblent à celles de nos Codes; cependant le législateur autrichien a cherché, en général, à abrégé les formalités. Ainsi l'acte d'accusation n'est rédigé par écrit que dans les inculpations entraînant la mort ou cinq ans de réclusion

(§§ 217-8); et même dans ce cas, l'acte n'est lu dans dans toute son étendue à l'audience que dans les questions compliquées (§ 232). Les témoins et experts qui ont déjà prêté serment pendant l'instruction, sont dispensés de le prêter de nouveau à l'audience. Cette dernière déviation de notre manière de procéder ne nous paraît pas heureuse. S'il est très-vrai que la lecture de l'acte d'accusation n'est souvent qu'une formalité inutile, qui n'apprend rien de nouveau à personne, et fait perdre des heures entières, la prestation répétée du serment à l'audience ne prend au contraire qu'un temps insignifiant, et il est de la dernière importance que ce serment soit renouvelé au moment où le témoin ou l'expert dépose devant un autre juge, en public, en face de l'accusé, et souvent après un laps de temps considérable écoulé entre les deux dépositions. Le même esprit d'abrégier la procédure a dicté les dispositions des §§ 250-1, qui permettent aux tribunaux criminels de passer outre sans nouvelle instruction dans les cas où, par suite des débats, le fait incriminé acquerrait une autre qualification, même plus grave que celle de l'accusation primitive, comme encore dans les cas où les débats révéleraient d'autres méfaits à la charge de l'accusé, à moins qu'ils ne soient d'une nature plus criminelle que les faits qui ont motivé l'accusation. Mais dans le cas où le délit nouveau révélé pendant les débats serait plus grave que le fait primitif ayant donné lieu à l'accusation, le procès doit être renvoyé à une autre audience, pour que dans l'intervalle on puisse faire une instruction supplémentaire, et prendre une décision distincte sur le nouveau point d'accusation. Il va sans dire que, dans aucune de ces suppositions, le tribunal ne peut sortir de sa compétence.

Une disposition plus libérale que l'article 319 de notre Code d'instruction criminelle, est celle du § 243, qui permet à l'accusé et à son défenseur de poser directement et personnellement des questions aux témoins et experts, faculté que la loi autrichienne accorde également aux juges, au ministère public et à la partie civile. Sur ce point, l'égalité entre l'accusation et la défense est plus scrupuleusement maintenue que dans notre procédure.

C'est en abordant le jugement définitif et les preuves sur lesquelles il doit reposer, que de plus graves dissidences vont se présenter.

Le Code autrichien de 1850 avait introduit dans la procédure criminelle trois innovations radicales :

I. Le jugement du fait par le jury ;

II. L'abrogation de la théorie des preuves légales ;

III. Le principe qu'à l'encontre de ce qui avait été en usage de tout temps dans les tribunaux criminels, il n'y aurait plus désormais que deux espèces de sentences : la condamnation et l'acquittement.

Le Code de 1853 revient, sur ces trois points, à l'ancienne législation.

Nous avons déjà indiqué les motifs qui ont amené le gouvernement autrichien à supprimer le jury. Cependant le législateur, en confiant le jugement des biens les plus précieux des citoyens, leur vie, leur liberté, leur fortune, leur honneur, à des juges salariés et inamovibles, a craint que la conviction intime seule pût donner lieu à des abus et à l'arbitraire ; il a donc préféré rétablir la théorie des preuves légales, à laquelle il consacre tout un chapitre de son Code <sup>1</sup>. Ces preuves légales sont directes ou indirectes ; à la première catégorie appartiennent :

1° La constatation personnelle du fait par le juge ;

2° Le dire des experts ;

3° L'aveu de l'accusé <sup>2</sup> ;

4° Les dépositions des témoins, de la partie lésée et des co-accusés ;

5° Les preuves par écrit.

La preuve légale indirecte ou composée exige, d'après le Code autrichien, le concours de plusieurs moyens de preuve imparfaits ou incomplets par eux-mêmes. Pour expliquer ces paroles qui sonnent si étrangement à l'oreille du criminaliste français, il faut prendre le mot *preuve* non pas comme synonyme de *certitude*, car il ne saurait y avoir de certitude imparfaite, elle cesserait à l'instant même d'être la certitude, la vérité ne pouvant être graduée, mais comme synonyme de *moyen de preuve*, de *moyen de prouver la vérité* ; c'est là le sens juri-

<sup>1</sup> Le onzième, §§ 258-282.

<sup>2</sup> Dans l'ancienne procédure tout inquisitoriale du droit commun allemand, l'aveu de l'accusé était le but principal de l'instruction ; aussi les anciens criminalistes appelaient l'aveu *regina probationum*.

dique qu'y attachent les légistes allemands. Du reste, le Code autrichien est-il entré vainement, à notre sens, dans les détails les plus minutieux sur la théorie légale de la preuve, car nous sommes de ceux qui pensent que la matière des preuves échappe au contrôle de la loi écrite, et que, sauf quelques règles générales, il vaut mieux, pour le reste, se fier au bon sens, à la rectitude et à l'expérience du juge<sup>1</sup>.

Cependant la définition légale de la preuve a d'éminents défenseurs, parmi lesquels il suffit de nommer Carmignani<sup>2</sup> et Mittermaier<sup>3</sup>. Convenons aussi que la théorie des preuves, telle que la comprennent ces deux célèbres criminalistes modernes, ne doit point être confondue avec l'ancienne théorie légale, qui obligeait le juge à tenir les faits pour avérés et démontrés, dès que la preuve avait revêtu certains caractères voulus par la loi; théorie dont le duel judiciaire, les ordalies et le serment par cojureurs ont été les formes primitives dans la pratique.

Dans la pensée des écrivains modernes qui se posent en défenseurs de la définition légale des preuves, et, il faut le dire, telle que l'établit le Code autrichien de 1853, elle a pour objet de poser à l'arbitraire du juge des limites qui sauvegardent l'innocence; elle lui défend de condamner, lorsque telles et telles conditions font défaut; elle établit, s'il est permis de s'exprimer ainsi, un *minimum* de probabilité; mais jamais elle n'oblige le juge à accepter, malgré sa conviction, des faits comme vrais, parce que toutes les conditions requises par la loi sont présentes. Enfin, tout à l'opposé de l'ancien système, le juge peut toujours acquitter, si sa conviction n'est pas pleine et entière. C'est ce que les criminalistes allemands désignent par la *théorie négative des preuves*, tandis que celle des anciennes législations, celle qui faisait violence à la conscience du juge, est appelée par eux la *théorie positive des preuves*. Il n'est pas douteux que ces dénominations laissent à désirer.

Parmi les différents motifs qui ont amené le législateur autrichien à revenir à la théorie légale des preuves, il y en a un surtout qui est péremptoire: c'est l'appel de toute sentence criminelle admis par le nouveau Code, joint à la procédure écrite,

<sup>1</sup> L'empereur Adrien était déjà du même avis. L. III, § 2, Dig., *De testibus*.

<sup>2</sup> *Delle leggi della sicurezza*, t. IV, p. 80 et suiv.

<sup>3</sup> *Die öffentliche und mündliche Strafrechtspflege*. Landshut, 1809. — *Traité de la preuve en matière criminelle*, trad. par Alexandre. Paris, 1848.



qui est établie devant les Cours supérieures. Or comme l'appel peut également porter sur les questions de faits, sur l'appréciation de la culpabilité, et que les Cours supérieures n'ont d'autre moyens de s'éclairer que les pièces de la première procédure, il fallait de toute évidence établir dans la loi des règles sur la preuve, y astreindre le juge, et l'obliger à motiver ses sentences, afin que le tribunal supérieur, pour voir si on a bien ou mal jugé, puisse rapprocher les motifs qui ont dicté la sentence, des règles tracées par la théorie légale des preuves.

Avec des juges magistrats, avec des sentences motivées, et surtout avec l'appel devant des Cours supérieures, qui ne jugent que sur pièces, le Code de 1853 ne pouvait faire autrement que d'établir une théorie légale des preuves.

Du reste, quant à l'ensemble de son système sur cette grave matière, ce Code a des approbateurs de premier ordre. Le célèbre Mittermaier <sup>1</sup> n'a pas hésité de qualifier ses dispositions comme le résultat exact et fidèle de la véritable science concernant la théorie des preuves. Une approbation moins absolue, et à laquelle nous nous rallierons plutôt, est celle que donne le criminaliste bavarois Arnold <sup>2</sup> :

« Les règles sur la théorie de la preuve du nouveau Code autrichien, dit ce jurisconsulte, sont rédigées avec beaucoup de prudence, elles offrent des garanties contre d'injustes condamnations et contre des acquittements immérités, autant que cela est possible par des dispositions légales, et elles auront de bons résultats, parce qu'elles ne lient pas le juge d'une manière absolue. Elles rappellent sur ce point les règles posées en cette matière par la jurisprudence anglaise. »

Arrivant enfin au jugement définitif, qui fait l'objet du douzième chapitre (§§ 283-294), le Code de 1853 revient, comme nous l'avons déjà dit, à l'ancienne jurisprudence allemande, qui admet une forme de sentence intermédiaire entre la condamnation et l'acquiescement : l'*absolution de l'instance*. Dans les tribunaux de l'Autriche notamment, cette espèce de sentence était fort usitée avant que le Code de 1850 ne l'eût supprimée ; dans quelques provinces de l'empire, elle formait les deux cinquièmes des arrêts, et cet abus n'avait pas peu contribué à supprimer ce mode de jugement dans le Code de 1850.

<sup>1</sup> Dans *Archiv des Criminalrechts*, 1854, liv. 1, p. 139.

<sup>2</sup> Dans le *Gerichtsaal*, livraison de mars 1854, p. 223.

Ce n'est pas le Code autrichien seul qui revient à l'ancienne jurisprudence, mais plusieurs autres législations modernes, telles que le Code bavarois de 1813 (partie II, art. 356), le Code du Wurtemberg de 1843 (art. 356), le projet d'instruction criminelle pour le royaume de Saxe de 1853, distinguent également trois espèces de jugement <sup>1</sup> :

La condamnation ;

L'absolution du fait incriminé ou l'acquittement ;

Et l'absolution de l'instance à défaut de preuves suffisantes, *absolutio ab instantiâ*, comme l'appellent les criminalistes allemands.

Il nous semble donc important d'examiner avec plus de loisir cette grave dissidence entre les principes d'outre-Rhin et ceux qui font la base de la procédure française, anglaise et américaine. Celle-ci, en effet, n'admet point de verdict intermédiaire au juré ; il faut qu'il réponde par *oui* ou par *non* aux questions posées, et le doute ne lui est pas permis. Néanmoins, il y a cette importante différence entre notre procédure et celle des peuples anglo-saxons, que ceux-ci ont une théorie de preuves légales, tandis que le juré français n'est lié par aucune règle, ne doit consulter que son intime conviction et n'écouter que sa seule conscience.

Pendant, disent certains criminalistes, cette réponse absolue par *oui* ou par *non* sur des questions aussi graves que celles dont dépend l'honneur, la fortune, la liberté, la vie même d'un homme, et qui nous est devenue si familière par une longue pratique, qu'elle nous paraît toute naturelle, cette réponse absolue n'est point conforme aux opérations ordinaires de notre raisonnement. Dans un grand nombre de cas, où nous discutons sur l'existence ou la non-existence d'un fait, notre esprit est enclin à douter, nous remettons notre décision après plus

<sup>1</sup> Il faut ajouter à ces Codes allemands un Code italien, le *Codice di procedura penale del regno d'Italia* du 8 septembre 1807, qui a été en vigueur depuis le 14 septembre 1807 jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1815 dans les provinces de la Vénétie, et jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1816 dans la Lombardie. Calqué en grande partie sur les mêmes principes qui avaient prévalu dans le Code français de 1808, procédure accusatoire, ministère public, oralité et publicité (quoique restreinte) des débats, ce Code italien présentait néanmoins deux grandes déviations, en ce qu'il n'avait point de jury, et en ce qu'il admettait trois espèces de sentences : — *Si è colpevole*. — *Non consta abbastanza che sia colpevole*. — *Non è colpevole*.

ample informé, et, pour prendre un exemple familier, parce que nous ne sommes pas pleinement convaincus que NN s'est marié, nous n'affirmerons pas pour cela qu'il est encore garçon. Aussi, partant du point de vue que c'est faire violence au raisonnement du juge ou juré, que de ne lui laisser que le choix entre l'acquiescement et la condamnation; se fondant ensuite sur cette autre considération, que trop de coupables échapperaient ainsi à la vindicte publique, à défaut de preuves tout à fait convaincantes, surtout là où les lois exigent des preuves déterminées d'avance; le droit romain, le droit commun allemand et l'ancienne jurisprudence française avaient établi, sous différentes formes, une déclaration qui tenait le milieu entre la condamnation et l'acquiescement.

A Rome, trois tablettes étaient remises aux juges : l'une portait la lettre A (*absolvo*), formule d'absolution; la seconde la lettre C (*condemno*), formule de condamnation; la troisième les lettres NL (*non liquet*), formule qui avait pour effet de prononcer le renvoi à un plus ample informé. En effet, il devait répugner au citoyen de Rome, si formaliste, si rigide, de prononcer le mot *absolvo* quand il voyait la culpabilité, mais pas assez complète pour une condamnation; et la formule *non liquet* exprimait en ce cas le résultat véritable de son jugement. L'affaire qui n'avait pas paru ainsi suffisamment instruite, était remise à un nouveau débat, à une nouvelle procédure, ce qu'on appelait à Rome *ampliatio*. L'accusateur produisait de nouvelles preuves, les plaidoiries recommençaient, mais il était toujours permis d'employer de nouveau la même formule, par laquelle les juges déclaraient que s'il y avait trop d'indices pour absoudre, il y avait aussi trop d'incertitudes pour condamner.

La formule *non liquet* reparait dans l'ancienne procédure allemande sous le nom d'*absolutio ab instantia*. L'inculpé n'était pas acquitté ou absous de l'accusation, mais de l'instance seulement, et le résultat n'était pas uniquement le blâme qui restait attaché à sa personne, mais encore pouvait-il être remis en jugement aussitôt que de nouvelles preuves de culpabilité surgissaient. Aussi on ne s'était point arrêté là; à une époque où les droits de l'individu étaient non-seulement sacrifiés systématiquement à l'intérêt de la société, mais encore exposés à tout l'arbitraire de fonctionnaires incultes, il avait été bientôt établi par la pratique, que le juge pouvait garder l'individu absous de

l'instance en état d'arrestation, jusqu'au moment où ses propres aveux rendissent la condamnation légalement possible, ou bien jusqu'à ce que d'autres preuves vissent s'adjoindre pour compléter la culpabilité.

Dans l'ancien droit français, sous le régime de l'ordonnance criminelle de 1670, les formules de jugement étaient diverses. Quand il y avait lieu à condamnation, les juges déclaraient l'accusé convaincu d'avoir commis tel crime, et prononçaient la peine. C'était là même une amélioration, car auparavant les sentences criminelles se bornaient à cette vague formule : *pour les cas résultant du procès* ; et c'est à la jurisprudence des parlements qu'on devait la précision des faits et délits.

Quand il y avait lieu à absoudre, on distinguait si le procès était devant les premiers juges ou bien en dernier ressort. Les juges du dernier ressort pouvaient déclarer l'accusé purement et simplement absous de l'accusation, et ordonner qu'il serait élargi. Mais les premiers juges n'avaient pas, en général, la faculté de mettre le prévenu hors des mains de la justice ; ils devaient ordonner *un plus ample informé*, ou mettre simplement l'accusé *hors de cause*, ou bien déclarer qu'il était absous *quant à présent*.

Le *plus ample informé* était *indéfini* ou *à temps*. Le renvoi indéfini, en terme du temps nommé *quousque*, ne contenait aucune assignation fixe ; le prévenu était élargi sans caution, et ne pouvait être repris sans un nouveau décret ; mais il restait dans un état incertain, intermédiaire entre la condamnation et l'absolution ; *dubii incertique status*, comme dit notre ancien praticien Ayrault<sup>1</sup>.

Le renvoi à temps renfermait quelquefois la charge de garder prison, et c'est ce qui avait donné lieu en France aux plus graves plaintes : « Que l'on n'épargne point, pour parvenir à la connaissance du crime, tous les délais, inquisitions, dénonciations, censures et jugements interlocutoires qui peuvent estre, écrivait le même Ayrault ; mais cela fait, qu'un accusé traîne perpétuellement son lien, et qu'il ne puisse jamais attendre une solution pleineière, cela est-il juste ? » Mais les rédacteurs de l'ordonnance criminelle de 1670 répondaient, avec la plupart des légistes du temps, que c'était là un sage tempérament ima-

<sup>1</sup> Livre III, p. 366, n° 16.

giné pour les cas fréquents où il n'y a pas assez de preuves ni pour asseoir une condamnation, ni pour absoudre entièrement l'accusé.

Les conséquences de l'absolution de l'instance dans le droit commun allemand étaient :

1° Que l'instruction pouvait être reprise contre le prévenu ainsi renvoyé, en tout temps, par le même juge, et sans autorisation d'un tribunal supérieur;

2° Que le prévenu était mis tantôt sous la surveillance de la police, comme en Prusse<sup>1</sup>, par exemple; tantôt il était astreint à fournir caution, sous peine d'être privé de sa liberté, comme le prescrivait le Code bavarois (art. 391). Enfin, bon nombre de pays et de villes, en Allemagne, enlevaient au citoyen absous seulement de l'instance, l'éligibilité aux charges et fonctions honorifiques.

En face de ce système suivi par la procédure criminelle de Rome, par le droit commun allemand, et par l'ancienne législation française, système qui a été consacré de nouveau par plusieurs Codes allemands, et notamment par le Code autrichien de 1853 qui nous occupe spécialement; vient se placer celui qui est en vigueur dans la procédure des pays anglo-saxons, dans notre législation actuelle, ainsi que dans les Codes des pays de l'Europe et de l'Amérique, qui ont modelé leur procédure pénale sur la nôtre<sup>2</sup>.

Ce dernier système repose sur la règle *non bis in idem*, consacrée formellement par l'article 360 de notre Code d'instruction criminelle : « Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait<sup>3</sup>. » Quelle est sa véritable origine et quelles sont ses conditions d'être? Ces deux points méritent d'être fixés de plus près.

<sup>1</sup> Ordonn. crim. de 1805, § 409.

<sup>2</sup> Il y a exception pour le Code pénal des Deux-Siciles de 1819 (art. 280). Quoique calqué sur notre législation criminelle, l'absolution de l'instance y est autorisée.

<sup>3</sup> Le principe de l'irrévocabilité des acquittements criminels fut encore une des conquêtes de 1789. Garanti par la Constitution, il fut successivement inscrit dans la loi du 3 septembre 1791, dans celle du 16 du même mois sur l'organisation des tribunaux; la Constitution du 5 fructidor an III et le Code pénal du 3 brumaire an IV le confirmaient dans ces termes, à peu près identiques avec ceux de notre Code actuel : « Tout individu acquitté par un jury légal ne peut plus être repris ni accusé pour le même fait. »

Le système qui ne permet au juge que de choisir entre une condamnation et un entier acquittement, tire son origine, quant à ce qui regarde les nations germaniques et romano-germaniques de l'Europe, de la procédure usitée chez les peuples germains, ce qui n'exclut pas, que d'autres races, comme les Scandinaves ou les Slaves, aient pu appliquer le même principe dans leurs sentences criminelles. C'est une conséquence naturelle de la procédure basée sur l'accusation privée, que l'inculpé doit être tenu pour innocent, si la partie adverse ne prouve pas son accusation (*accusatore non probante, accusatus absolvitur*)<sup>1</sup>; tandis que dans la procédure inquisitoriale, qui s'est formée par la combinaison des lois impériales de Rome, de la jurisprudence canonique et de la pratique judiciaire telle qu'elle s'était produite dans la plus grande partie de l'Europe occidentale et centrale, et dont la réforme ne date guère que de la fin du dernier siècle, c'est moins l'intérêt individuel de l'accusé que l'intérêt collectif de la société qui est pris en considération. Certaines mesure de sûreté publique au début du procès, la torture et le serment purgatoire pendant l'instruction, et, en cas de preuves incomplètes de culpabilité, les peines extraordinaires ou les renvois de l'instance, ont été les conséquences de cette manière de voir.

Le droit commun allemand, qui établissait la procédure inquisitoriale, avait par conséquent exclu les véritables principes germaniques dans la procédure criminelle, comme dans bien d'autres branches du droit; et les réformateurs de la législation allemande, depuis Thibaut, disent avec beaucoup de raison, que si l'Allemagne met aujourd'hui de côté ses vieilles lois et adopte les principes et les institutions de la France ou de l'Angleterre, elle ne fait que revenir à ses institutions primitives et reprendre son véritable droit national, les institutions de ses ancêtres. En effet, quelle qu'ait été l'influence bienfaisante des lois romaines et canoniques, et elle a été grande, il ne peut être nié qu'on l'ait exagérée outre mesure. Il ne faut pas oublier que le droit romain fut pendant de longs siècles l'instrument le plus puissant du despotisme; mais bien plus qu'aucun pays, l'Allemagne et les contrées qui se sont détachées plus

<sup>1</sup> Il y avait néanmoins exception dans les lois criminelles de la république romaine, où, malgré la procédure accusatrice, le juge pouvait répondre par *non liquet*.

tard du Saint-Empire romano-germanique, ont souffert des imitations scolastiques et juridiques de l'antiquité.

Après la question sur l'origine, vient celle de l'organisation judiciaire et des conditions dans lesquelles peut être établie la procédure qui enjoint au juge criminel de décider par *oui* ou par *non* sur la culpabilité.

De ce que le système qui n'admet point d'autre sentence qu'une condamnation ou une absolution plénière, a prévalu dans les mêmes institutions judiciaires d'où le jury a puisé son origine, s'ensuit-il nécessairement, comme plusieurs criminalistes le prétendent, que ce système ne puisse s'appliquer qu'à la procédure par jurés, ou tout au moins aux procédures dans lesquelles le juge, soit magistrat, soit simple juré, n'est astreint à aucune théorie de preuve, et décide d'après sa seule conviction? Nous ne le pensons pas. On n'a qu'à jeter les yeux sur les différentes procédures en vigueur parmi les nations européennes, pour se convaincre que ces conditions ne sont nullement nécessaires; évidemment, les écrivains qui ont affirmé le contraire, n'ont eu en vue que l'organisation française et celles des législations étrangères qui l'ont fidèlement copiée, sans pousser leurs investigations au delà.

Pour ne citer que quelques exemples, nous voyons les législations criminelles de Naples de 1819, de la Sardaigne de 1838, du royaume des Pays-Bas de 1838, adopter le principe qui exclut toute sentence intermédiaire entre la condamnation et le plein acquittement, quoique leurs tribunaux criminels n'admettent point de jury.

D'un autre côté, nous voyons en Angleterre et aux États-Unis le même système, qui exclut toute sentence intermédiaire, fonctionnant par des jurés qui ne prononcent point, comme les nôtres, d'après leur seule conviction intime, mais d'après des règles d'une théorie légale des preuves. En effet, les travaux des Anglais Chitty, Wills, Philips<sup>1</sup>, Starkie<sup>2</sup>, Best<sup>3</sup>, Rus-

<sup>1</sup> *Treatise of the law of evidence.* Lond., 1824.

<sup>2</sup> *Treatise of the law of evidence.* Lond., 1824.

<sup>3</sup> *A treatise on the principles of evidence,* by Best, barrister [at law]. Lond.

sel <sup>1</sup>, comme ceux des Américains Livingston <sup>2</sup> et Greenleaf <sup>3</sup>, sont aujourd'hui là pour démontrer qu'entre un corps de règles sur la preuve et le jugement par jurés, il n'y a aucune incompatibilité absolue.

Enfin, en Écosse, où le jury est une institution fondamentale, le système contraire prévaut dans les verdicts, vu que la procédure écossaise en admet trois espèces : *Guilty*, coupable ; *Not guilty*, non coupable ; et *Not proven*, non prouvé.

Cette importante déviation de la procédure anglaise mérite la peine de s'y arrêter et de la considérer de plus près, surtout parce que, depuis quelque temps, des voix s'élèvent en Angleterre en faveur d'un semblable verdict, qui donnerait au jury la faculté de distinguer entre l'acquiescement par suite de l'innocence reconnue, et l'absolution à défaut de preuves suffisantes <sup>4</sup>.

En fixant notre attention sur la manière dont le jury anglais fonctionne, nous trouvons en effet des inconvénients tellement regrettables, qu'il n'y a pas lieu de s'étonner que la pensée soit venue à quelques praticiens de l'Angleterre d'introduire dans la procédure anglaise un verdict semblable au *not proven* de la procédure écossaise.

Le jury anglais répond d'une manière générale sur l'action coupable reprochée par l'accusation ; on ne lui décompose pas les éléments du fait incriminé comme en France. Il est vrai qu'il en résulte une plus grande simplicité dans l'opération intellectuelle à faire par le jury anglais, et qu'une foule de difficultés et de recours en cassation naissent en France de la position des questions au jury. Mais d'autre part, les attributions des jurés anglais étant plus larges, puisqu'ils ne sont pas astreints comme les jurés français à répondre aux seules questions posées, il en est résulté dans la pratique beaucoup d'arbitraire ; ainsi ils peuvent acquitter pour le fait incriminé et condamner en même temps pour un autre délit, si les circonstances aggravantes ne leur paraissent pas démontrées. Aussi voit-on fréquemment, dans des accusations d'assassinat, le verdict porter sur le simple meurtre ; dans celle d'attentats aux

<sup>1</sup> *On crimes and misdemeanors*. Lond., 1826-28.

<sup>2</sup> Dans le livre V de son *Penal system prepared for the State of Louisiana*. New-Orleans. 1824.

<sup>3</sup> *A treatise on the law of evidence*. Boston, 1846. 2 vol.

<sup>4</sup> *Law-Magazine* de 1848, 1849 et 1850, *passim*.



mœurs avec violence, le jury prononcer la culpabilité pour simples coups et blessures; dans les procès d'infanticide, ne reconnaître que les faits d'exposition, d'homicide par imprudence, ou bien encore d'accouchement clandestin. Mais ce qu'il y a de plus grave, c'est que, d'après le témoignage des praticiens anglais, ce ne sont là souvent que des transactions des jurés avec leur conscience, et ce n'est pas le défaut des circonstances aggravantes, mais celui d'une entière conviction, qui porte le jury anglais à déclarer d'autres délits que ceux portés par l'accusation.

Enfin, la procédure criminelle anglaise donne aux jurés la faculté d'invoquer pour le condamné la grâce du souverain (*recommandation for mercy*), quand les circonstances qui ont environné l'acte coupable leur semblent mériter l'indulgence. C'est, comme on voit, une formule assez semblable à celle de nos circonstances atténuantes, mais avec cette importante distinction, que la législation anglaise n'y attache point la même conséquence forcée que la nôtre depuis la révision de 1832; c'est-à-dire que la pénalité ne doit pas être forcément abaissée. La prérogative de la couronne reste entière et dans toute son indépendance, malgré la formule du recours en grâce.

Mais telle est la puissance des faits, que cette formule devient encore un échappatoire pour le jury, quand il est serré de trop près par l'inexorable *coupable* ou *non coupable*. Un fait qui s'est passé en 1851 dans une *petty session* ou Cour d'assises tenue non pas dans un petit bourg, mais dans une ville très-voisine de Londres, le démontre de la manière la plus évidente.

Un homme avait été accusé et convaincu de brigandage : le chef du jury, après avoir prononcé le verdict de culpabilité, y avait ajouté la formule du recours en grâce; mais comme rien, dans les faits du procès, n'avait pu donner lieu à cette mesure d'indulgence, le juge demanda sur quel motif (*upon what grounds*). Et le chef du jury de répondre naïvement : Parce que nous ne sommes pas bien sûrs qu'il l'ait fait (*Because we are not sure he did it*). Là-dessus le juge se hâte de profiter de la faculté que lui accorde la loi anglaise d'inviter le jury à une seconde délibération (*reconsideration*); il renvoie les jurés dans leur salle de délibération, non sans leur bien expliquer que la première condition pour condamner consiste à être bien sûr du fait. Le jury revint avec un verdict d'acquiescement.

Certes, tous les jurys ne mettront pas aussi naïvement à nu leur déplorable inconséquence logique, mais les mêmes motifs ne produisent que trop souvent les mêmes résultats, quelquefois à l'insu même de ceux qui s'en rendent coupables. Ce sont ces considérations, ces écarts d'un jury se trouvant trop à l'étroit, qui ont fait élever récemment en Angleterre des voix pour l'introduction du verdict *not proven*<sup>1</sup>. Ce verdict, connu dans les tribunaux écossais depuis près de deux siècles, y est d'un usage fréquent. Il résulte de la statistique criminelle du royaume d'Écosse, pour l'année 1841, que le jury a prononcé 25 fois la formule *non coupable* contre 191 fois *non prouvé*; en 1842, 69 verdicts de la première espèce, contre 319 de la dernière. En 1848, sur 3,346 procès devant le jury, il a été prononcé 52 verdicts *non coupable*, et 202 verdicts *non prouvé*. En 1849, sur 4,357 accusés, on trouve 36 fois *non coupable*, contre 224 fois *non prouvé*. En 1850, la statistique donne 3,363 condamnations, 35 verdicts *non coupable*, et 223 verdicts *non prouvé*. En 1851, 3,071 condamnations, 47 verdicts *non coupable*, et 186 verdicts *non prouvé*. Cependant, il ne faut pas se tromper sur les suites de ce dernier verdict; la procédure écossaise ne viole point la règle *non bis in idem*, car cette formule n'expose point à reparaitre pour le même fait devant la justice; sous ce rapport, *not proven* est aussi péremptoirement absolu que *not guilty*, et c'est ce qui distingue radicalement le verdict écossais *not proven* de l'absolution de l'instance dans la procédure allemande.

La conséquence unique du verdict *not proven* est une espèce de suspicion morale, pareille à la *levis nota* infligée par le censeur romain, qui reste attachée à la personne; cela est d'autant plus regrettable, que celui qui a subi cette épreuve n'a aucun moyen de faire convertir ce verdict qualifié en un verdict absolu d'innocence, et que la loi ne fixe aucun laps de temps qui attache au verdict *non prouvé* les conséquences d'un plein et entier acquittement.

Mais même tel que se comporte ce verdict dans la procédure écossaise, nous ne pouvons nous ranger parmi ses partisans. S'il ne viole pas la règle *non bis in idem* comme l'absolution de

<sup>1</sup> La majorité des praticiens anglais est cependant hostile à cette formule. V. Mittermaier, *Das Englische, Schottische und Nord-American. Strafverfahren*, p. 483.

l'instance dans la procédure allemande, il blesse néanmoins cette autre règle fondamentale de la philosophie du droit criminel, qui répute tout homme innocent s'il n'est pas convaincu du contraire. Ceux qui se font les admirateurs du système qui permet de juger un accusé sans le condamner ni l'absoudre, n'ont surtout en vue qu'une seule face de la question, la position du juge ou juré, et non pas celle de l'inculpé. Que cette sentence intermédiaire, qui n'acquitte ni ne condamne, soit souvent une grande facilité pour le juge ou juré, nous ne le contestons point. Mais le citoyen en état d'accusation doit avoir pour lui la présomption d'innocence; il a le droit d'exiger que la société, par ses organes, déclare l'accusation, qui met cette présomption en doute, fondée ou non fondée; ce n'est pas un brevet de moralité et d'honnêteté qu'il demande devant le tribunal criminel, mais bien s'il a commis, oui ou non, l'action dont il est accusé.

L'autre argument, puisé dans le prétendu scandale qui proviendrait de ce que le verdict *non coupable* s'applique si souvent à des accusés qui n'échappent au châtiment que par l'absence de preuves irrécusables, est encore basé sur une fausse interprétation de ce verdict. Ce n'est pas, nous le répétons, un certificat de vertu, mais la formule par laquelle le tribunal décide entre l'accusation et la défense. Nos contradicteurs, au lieu de s'attacher à la lettre des mots *non coupable*, feraient mieux de consulter le simple bon sens des masses. Le public qui a assisté aux débats, ou qui les a suivis dans les journaux, se laisse-t-il imposer l'acquiescement comme un arrêt sans appel? Combien de fois ne reconnaît-il pas, d'une voix unanime, que l'accusé a commis le forfait, quoique les jurés ne pussent pas faire autrement qu'acquiescer?

Enfin, ceux que nous combattons prétendent à tort que la sentence par laquelle le juge déclare le fait non prouvé, sans acquiescer complètement le condamné, n'est qu'une déclaration de neutralité qui ne prend fait et cause ni pour l'accusation ni pour l'accusé. Mais c'est encore de la théorie pure, car dans la réalité c'est une espèce de jugement condamnatore qui inflige une suspicion morale, une tache indélébile. Si le juge ou le juré est animé d'un sentiment hostile, il se laissera bien plus facilement tenter à infliger cette tache, qu'à déclarer coupable un homme qu'il acquiescerait s'il n'était pas son ennemi. Si le

le juge ou juré est un homme timide, scrupuleux à l'excès, il hésitera presque autant, dans les cas douteux, à prononcer le verdict *non prouvé*, et préférera acquitter l'inculpé; car la nuance entre le suspect et l'innocent est bien plus délicate, et la ligne de démarcation bien plus difficile à tracer, qu'entre le coupable et le non coupable. Qu'est-ce qui adviendra dans ces derniers cas, qui seront toujours les plus nombreux? C'est que le juge ou juré ne recourra que fort rarement au *non prouvé*, et la formule *non coupable* gardera la même signification équivoque qu'on voudrait éviter, sans devenir le moins du monde une attestation de l'innocence morale de l'inculpé. Un jurisconsulte écossais qui abonde dans notre sens, exprime cette pensée d'une manière très-originale: « Au lieu, dit-il, d'avoir séparé les moutons blancs des moutons noirs, on n'aura tout au plus réussi qu'à trier les plus noirs parmi les noirs. »

Quoi qu'il en soit, le Code d'instruction criminelle qui vient d'être promulgué dans l'empire d'Autriche, loin de resserrer le juge entre une condamnation ou un acquittement, admet quatre espèces de sentences :

I. La condamnation (§§ 283 et suiv.).

Elle doit contenir la description légale et détaillée du fait, le texte des lois qui l'incriminent, la peine édictée, la décision sur les frais du procès, ainsi que sur les dommages-intérêts.

II. Le jugement qui renvoie de l'accusation par défaut de preuves suffisantes (§ 287).

C'est l'absolution de l'instance de l'ancien droit allemand et autrichien sous un autre nom. Quoique le Code nouveau déclare en principe qu'aucune conséquence fâcheuse n'est attachée à ce mode de jugement, et quoique le § 316 ordonne notamment la mise en liberté immédiate du prévenu, le législateur a rétabli dans le § 317, d'une manière détournée, la détention par mesure de sûreté des individus renvoyés de l'instance. Seulement, n'osant pas nommer ouvertement un des moyens les plus odieux de l'ancienne procédure, il a classé cette faculté parmi les attributions administratives de la police, à laquelle les tribunaux ont à faire connaître tout jugement qui renvoie de l'instance.

III. La mise en liberté sans jugement formel sur la culpabilité (*Ablassungs-Beschluss*). Elle a lieu quand l'action publique est éteinte par la prescription; quand la poursuite d'un fait, qui ne peut être intentée que par la partie lésée, a été commencée

ou continuée sans son initiative ; quand, dans le cours du procès, l'accusation a été abandonnée par le ministère public, ou par la partie lésée dans les matières qui ne sont déférées à la justice que sur l'accusation privée.

Dans ces cas, l'accusé a le droit d'apporter plus tard les preuves de son innocence, et d'exiger du tribunal, s'il y a lieu, une déclaration formelle dans ce sens (§ 289).

IV. Enfin la loi autrichienne établit une dernière catégorie de jugements : la non-culpabilité dans son sens le plus restreint (*Schuldlosigkeits-urtheil*), la sentence qui déclare formellement l'innocence de l'inculpé. Celui-ci y a droit, si le fait prouvé par les débats ne constitue point de délit prévu par la loi, s'il s'est totalement disculpé des charges qui pesaient sur lui, ou bien si l'action ne peut lui être imputée moralement (§ 288).

Les conséquences que le nouveau Code attache à ces différentes espèces de jugements violent de la manière la plus flagrante la règle *non bis in idem*. Le dix-septième chapitre, intitulé : *De la reprise des poursuites en matière criminelle*, est une négation continue de ce grand principe de la philosophie du droit pénal ; et cette partie du Code mérite, à notre avis, la critique la plus sévère.

Le croirait-on ? il n'y a pas un des quatre jugements que nous venons d'énumérer, qui mette l'accusé à l'abri d'une reprise des poursuites, et, sauf la prescription acquise, l'individu reconnu innocent, comme celui qui était absous à défaut de preuves, l'accusé élargi par suite de l'instruction abandonnée, comme le condamné, tous sont exposés à de nouvelles poursuites, si d'autres charges surviennent, ou bien si les circonstances qui ont motivé soit la mise en liberté du prévenu, soit la déclaration d'innocence, changent de nature. Que les deux jugements intermédiaires, qu'on peut comparer au verdict écossais *not proven* et à l'ancienne *absolution de l'instance*, ne mettent point l'accusé à l'abri d'un nouveau procès, cela peut s'expliquer, car il y a de nombreux précédents à cet égard dans les différentes lois criminelles ; mais qu'un jugement qui déclare l'accusé innocent ne mette pas fin à toute accusation ultérieure (§ 367), et, ce qui est presque aussi blâmable, qu'un condamné puisse subir une nouvelle procédure, parce que de nouvelles charges survenues donneraient lieu à une peine plus grave que celle qui a été prononcée contre lui (§ 368) ; ce sont là, nous n'hésitons

pas à le dire, des taches qui déparent un Code du XIX<sup>e</sup> siècle. C'est la révision de la procédure au détriment de l'accusé, mesure qui doit être exclue de toute législation qui aspire à l'honneur de répondre à l'état actuel de la science.

Il y a encore une autre considération importante qui s'oppose à la révision du procès au détriment de l'accusé, la même qui, dans toutes les lois pénales anciennes et modernes, a fait établir la prescription. C'est que la poursuite et l'instruction d'une procédure criminelle réussissent d'autant mieux qu'elles suivent de plus près l'action coupable; et d'un autre côté, plus est grand l'intervalle entre le crime et la procédure, plus il y a de chance qu'elle soit incomplète et incertaine: les traces de la culpabilité s'effacent, les témoins oublient les circonstances qui ont accompagné l'acte coupable, des pièces de conviction se perdent ou s'altèrent, et enfin, ce qui est le plus à noter dans l'intérêt de l'inculpé, lui-même n'est plus en état de se rappeler les personnes, les choses, les détails qui pourraient lui fournir des moyens de défense.

Du reste, ce qui achève de condamner la reprise des poursuites contre un individu absous, c'est que cette mesure ne se prête que trop bien à l'esprit de parti, aux passions politiques et aux haines privées.

Dans une législation comme celle de l'Autriche, où une aussi libre carrière est donnée à la reprise de la procédure après un jugement définitif, il va sans dire que les poursuites peuvent également être reprises quand, pendant l'instruction, il est intervenu une ordonnance qui l'a suspendue (*Einstellungs-Beschluss*, §§ 365 et 197), ou bien une ordonnance de non-lieu (*Ablassungs-Beschluss*, §§ 366 et 198); attendu qu'ici la règle *non bis in idem* ne se trouve pas violée, le prévenu n'ayant subi aucun jugement. Aussi y a-t-il sur ce point conformité avec notre propre législation, qui, en cas de nouvelles charges, permet les poursuites, non-seulement après l'ordonnance de non-lieu émanée de la chambre du conseil, mais encore après que la chambre d'accusation a décidé qu'il n'y a pas lieu au renvoi devant une Cour d'assises ou devant tout autre tribunal compétent <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cela résulte du rapprochement des articles 128 et 246 du Code d'instruction criminelle, et par le raisonnement à *fortiori*. La Cour de cassation a

Cependant le Code autrichien, comme la plupart des législations modernes de l'Allemagne<sup>1</sup>, s'il admet la révision des jugements criminels contre l'individu jugé, il permet également la révision en faveur de celui qui a été l'objet d'un jugement. La nature de l'esprit allemand, qui déduit les dernières conséquences d'un principe donné, devait être aussi large d'un côté que de l'autre; et si les dispositions légales sur la reprise des poursuites contre l'accusé sont d'une rigueur inexorable, à leur tour celles qui règlent la révision en faveur du condamné, la seule que notre législation admet, quoique dans des conditions trop limitées, sont empreintes d'une grande libéralité. En effet, la loi autrichienne autorise la révision des jugements criminels en faveur de l'accusé, sous chacune des trois conditions suivantes : S'il y a eu absolution à défaut de preuves, et que de nouveaux faits peuvent motiver une déclaration absolue d'innocence; s'il y a eu condamnation, et que des circonstances nouvelles fournissent la preuve de l'innocence du condamné; ou bien enfin s'il est prouvé, après une condamnation, que le condamné n'était coupable que d'un crime moins grave, ou passible d'une peine plus légère que celle qui a été prononcée.

Cette révision, qui n'est limitée à aucun cas spécial, peut être demandée non-seulement par la personne intéressée, mais par tout individu; elle peut même être invoquée, après sa mort, par le conjoint survivant, par les descendants, ascendants et collatéraux, ainsi que par les alliés du même degré.

Sur ce point, comparé avec notre Code d'instruction criminelle, l'avantage reste d'une manière incontestable au Code autrichien, qui traite cette grave matière dans le chapitre XVII (§§ 365-376). C'est l'idée trop absolue de l'infailibilité des verdicts du jury, qui a exercé sa pression sur nos législateurs, et qui a fait que la révision des sentences criminelles a été restreinte par notre Code dans de trop étroites limites.

souvent confirmé cette doctrine. V. Dalloz, *Répertoire*, t. XXVIII, p. 301, n° 1174.

<sup>1</sup> Prusse, *Criminal verordnung* de 1805, § 411. — Ordonn. du 3 janvier 1849, §§ 151 et suiv.

Bavière, Code de 1813, part. II, art. 386. — Code de 1848, art. 266-273.

Wurtemberg, Inst. crim. de 1843, art. 410 et suiv.

Hanovre, Code crim. de 1840, § 46.

Bade, Inst. crim. de 1845, §§ 299 et suiv.

Royaume de Saxe, Projet d'inst. crim. de 1853, art. 364 et suiv.

L'Assemblée constituante de 1789 a eu du moins le mérite de la logique; tenant sévèrement à ce principe de l'infailibilité du jury, elle a proscrit tout moyen extraordinaire d'attaquer un verdict porté en bonne forme; point d'appel, point de révision; le législateur de cette époque se contenta d'étendre la réhabilitation au cas où un innocent avait été condamné<sup>1</sup>, ce qui fut certes une étrange confusion d'idées, car c'était mettre l'innocent, victime d'une condamnation injuste, sur la même ligne avec le coupable qui manifestait des preuves d'amendement après avoir été justement condamné.

L'Assemblée législative et la Convention se virent dans la nécessité de faire une brèche au système de l'infailibilité du jury, en admettant la révision pour le cas unique où deux accusés avaient été condamnés par deux arrêts différents comme auteurs du même crime, et où les deux arrêts ne pouvaient se concilier<sup>2</sup>. Les auteurs du Code du 3 brumaire an IV se virent contraints d'y ajouter deux autres hypothèses, et le Code de 1808<sup>3</sup> s'est borné à reproduire les trois cas du Code de brumaire.

On a reproché avec raison à cette partie de notre législation d'avoir prévu quelques cas graves, mais isolés, et de ne pas avoir su poser des principes. Pourquoi, dans le cas de l'article 444, le motif de la révision, qui est situé dans l'absence du corps du délit, est-il limité à l'homicide seul? Pourquoi, dans l'article 445, la condition de la révision est-elle limitée aux faux témoins, et pourquoi la fausse déposition d'un expert, la production d'une fausse pièce dans le procès, qui peuvent également entraîner la religion du jury, ne donneraient-elles pas également lieu à cette mesure? Pourquoi enfin l'article 445 exige-t-il, pour admettre la révision, que le faux témoin ait été condamné, quand la mort, la prescription, l'état de contumace ou toute autre cause peuvent empêcher la condamnation du faux témoin, et par conséquent ôter au condamné innocent la voie du salut? La plupart de ces objections ne sont pas nouvelles, et ont été produites par un de nos plus éminents criminalistes<sup>4</sup>. D'ailleurs une cause célèbre, celle de Lesurques,

<sup>1</sup> Carnot, *De l'inst. crim.*, t. III, p. 326 et suiv.

<sup>2</sup> Lois du 10 août 1792 et du 15 mai 1793.

<sup>3</sup> Art. 443-445.

<sup>4</sup> Béranger, *De la justice criminelle*, p. 508.



débatte, il y a quelques années, devant l'opinion publique, a mis suffisamment au jour les lacunes et l'esprit étroit de notre législation en matière de révision des verdicts.

En continuant l'examen du nouveau Code autrichien, nous arrivons aux dispositions qui tracent les devoirs aux juges dans l'application de la pénalité.

Loin de suivre la maxime de Bacon, qui affirmait que la meilleure loi était celle qui abandonne le moins à l'arbitraire du juge, le législateur y accorde aux tribunaux criminels une extrême latitude pour mitiger les peines. En dehors des circonstances atténuantes, qui dans presque toutes les législations permettent de descendre au *minimum* fixé par la loi, il est accordé au juge de première instance la faculté de descendre même au-dessous de cette limite, et même de changer la nature de la peine dans les circonstances extraordinaires fixées par la loi (§ 386 du Code d'instruction criminelle et §§ 54-55 du Code pénal de 1852).

Cette faculté de mitiger et de changer la peine en faveur de l'accusé est concédée d'une manière plus large encore au juge en deuxième instance (§ 305); et quant au juge de dernier ressort, la Cour suprême de l'empire, il est investi par le § 311 d'un pouvoir presque discrétionnaire à cet égard.

On serait porté, au premier abord, à blâmer cette extrême latitude concédée au juge criminel, puisqu'elle énerve l'autorité des peines édictées, et tend à déplacer le droit de grâce en le transportant des mains du souverain dans celles du juge. Mais quand on saura que le Code pénal autrichien de 1803, malgré les palliatifs qui lui ont été appliqués par l'ordonnance du 17 janvier 1850, ainsi que par les articles 54-55 de ce même Code pénal révisé en 1852, est reconnu unanimement par l'opinion publique et par l'expérience des praticiens comme beaucoup trop sévère; que dans un court espace de temps, la grâce impériale a été obligée de commuer 850 sentences de mort sur 1,304 qui avaient été prononcées par les tribunaux autrichiens; cette faculté accordée au juge ne paraîtra plus blâmable. Si elle n'est pas bonne d'une manière absolue, elle est cependant un bienfait en face des dispositions dures et excessives du Code pénal en vigueur.

Dans certains cas le juge est même forcé de changer les dis-

positions pénales. Ainsi, quand l'accusé n'aura pas eu l'âge de vingt ans révolus à l'époque de la perpétration du crime, la peine capitale et la reclusion perpétuelle doivent être remplacées par la reclusion aux fers (*Schwere-Kerkerstrafe*) de dix à vingt ans. Le même châtiment doit remplacer la peine capitale, s'il s'est écoulé une période de vingt ans entre la perpétration et le jugement d'un crime capital; la loi autrichienne refusant le bienfait de la prescription aux crimes emportant la peine de mort, et ne considérant, dans ce cas, la prescription que comme une circonstance atténuante<sup>1</sup>.

L'appel, qui fait l'objet du treizième chapitre (§§ 295-315) du Code autrichien, est établi pour les matières pénales de la manière la plus absolue; ce pourvoi est admis contre les décisions intervenant pendant l'instruction, comme contre les jugements prononcés après la clôture des débats; contre les sentences qui condamnent aussi bien que contre celles qui acquittent de l'instance, ou déclarent l'innocence de l'inculpé.

L'appel est porté en deuxième instance devant la Cour provinciale (*Oberlandesgericht*), et en dernier ressort auprès de la Cour suprême résidant à Vienne, à moins que la Cour provinciale n'ait confirmé la première sentence ou mitigé ses dispositions en faveur du condamné, en quels cas il n'y a pas ouverture à la troisième instance.

L'appel suspend l'exécution du premier jugement. Il peut être interjeté sur le point de droit comme sur le point de fait; sur la culpabilité comme sur l'application de la peine; sur la forme comme sur le fond; et par conséquent l'appel absorbe tous les cas où le Code d'instruction de 1850 ouvrait le recours en cassation, car ce dernier, à l'instar du Code français, n'admettait la voie de l'appel que pour les procédures sans jury, c'est-à-dire pour les délits et les contravention (§§ 352-390).

C'est une des questions les plus agitées parmi les criminalistes de l'Allemagne, de savoir s'il faut admettre l'appel en matière criminelle en général, et notamment à l'égard des ques-

<sup>1</sup> § 231 du Code pénal de 1852. — La véritable prescription qui ne permet plus aucune poursuite, est fixée à vingt ans pour les crimes emportant la reclusion perpétuelle, à dix ans pour ceux emportant une reclusion temporaire d'au moins dix ans, et à cinq ans pour tous les autres crimes. (§§ 228-231 du Code pénal.)

tions de fait et de culpabilité, en accordant au juge d'une autre instance la faculté de réformer la sentence et de juger lui-même; ou bien si l'appel, dans les questions de grand criminel, doit être entièrement proscrit ou permis seulement dans certains cas, tandis que le recours en cassation est réservé pour les cas de nullité dans la procédure ou de fausse interprétation de la loi.

Les législations contemporaines ont suivi à cet égard des voies bien différentes. La plupart de celles qui admettent le jury, proscrivent l'appel à l'instar de notre Code d'instruction criminelle; de ce nombre était le Code autrichien de 1850. D'autres, comme le Code nouveau de 1853, ne connaissent point le recours en cassation et admettent l'appel pour toute cause; d'autres encore, comme le projet récent saxon de 1853, admettent à la fois l'appel et le pourvoi en cassation, mais en distinguant avec soin auquel des deux moyens l'accusé ou le ministère public peuvent avoir recours (§§ 323 et suiv., §§ 356-7 du projet saxon).

La législation du Brunswick <sup>1</sup> est encore plus absolue que notre Code français, attendu qu'elle proscriit l'appel même pour les affaires criminelles jugées sans jury par des juges-magistrats, et l'expérience se montre tout à fait favorable à cette voie.

Même en admettant le système consacré par le Code autrichien de 1853, de l'appel comme recours unique, il y a cependant des réserves à faire. Le législateur, à notre sens, y a trop abusé de l'appel. Dans les décisions intervenant durant l'instruction, et notamment lors de la mise en accusation, l'appel nous semble une superfétation et une cause qui prolonge outre mesure l'instruction et la procédure <sup>2</sup>. Ensuite admettre l'appel des jugements définitifs sur les points de fait et de culpabilité, quand ces circonstances ont fait l'objet d'un débat oral devant le juge de première instance, et que le juge d'appel ne juge que sur pièces (l'oralité et la publicité devant les tribunaux de deuxième et de troisième instance étant prosrites par le nouveau Code autrichien), c'est, comme on dit à l'école, recourir *a iudice melius informato ad iudicem malè informa-*

<sup>1</sup> Loi sur l'instruction criminelle du 22 août 1849.

<sup>2</sup> Aussi le Code autrichien de 1850 n'avait-il admis, en ce cas, d'autre recours que celui en cassation pour les nullités nominativement désignées (§§ 238-246).

*tum.* Ou bien il faut, en ce cas, permettre l'oralité des débats devant le juge d'appel, ou bien proscrire l'appel d'une manière absolue, comme l'ont fait le Code de procédure napolitain de 1819 et celui des Pays-Bas de 1838, quoique ce soit par des magistrats seuls, à l'exclusion du jury, que toutes les affaires criminelles sont jugées dans ces deux pays.

Quant aux violations de forme pour lesquelles le Code autrichien admet également la voie de l'appel, le législateur s'est efforcé d'élaguer les recours inutiles, en établissant que les seules violations de forme qui auraient pu influencer sur le jugement, donneraient lieu à attaquer la première sentence. Sur ce point difficile de la procédure, sur cette question délicate de savoir quelles sont les règles à établir en fait de nullités, il y a encore trois systèmes en présence qui divisent les législateurs contemporains, et qui tous les trois ont été expérimentés dans notre patrie. Ou bien le législateur fait la déclaration générale que toute violation d'une formalité essentielle constitue une nullité; c'est le système consacré par nos législateurs de 1791, et suivi par le Code autrichien de 1853, ainsi que par les Codes récents du grand-duché de Bade<sup>1</sup>, de la Hesse-Électorale<sup>2</sup> et du duché de Brunswick<sup>3</sup>.

Ou bien la loi énumère nominativement les cas de nullité, en n'abandonnant absolument rien à l'arbitraire du juge; c'était le système établi par notre Code du 3 brumaire an IV, et auquel l'expérience a été peu favorable. Malgré cela il a été suivi dans les Codes récents du Hanovre<sup>4</sup>, de la Hesse grand-ducale<sup>5</sup>, dans le Nassau<sup>6</sup>, ainsi que dans le Code d'instruction autrichien du 17 janvier 1850<sup>7</sup>.

Enfin, le troisième système consiste dans une combinaison des deux précédents. Le législateur y désigne certains cas de nullité absolue, mais sans en exclure d'autres semblables qu'il abandonne individuellement au discernement du juge compétent. C'est, selon nous, le parti le plus sage; celui qui est en

<sup>1</sup> Loi du 7 mars 1851, §§ 115 et suiv.

<sup>2</sup> Procéd. crim. du 31 octobre 1848, § 358.

<sup>3</sup> Procéd. crim. du 22 août 1849, § 458.

<sup>4</sup> Loi du 30 déc. 1849, § 213, et Code du 8 nov. 1850, § 49.

<sup>5</sup> Loi du 28 oct. 1848, § 261.

<sup>6</sup> Loi du 14 avril 1849, § 249.

<sup>7</sup> §§ 212 et 352.

vigueur chez nous, d'après le Code de 1808, mais surtout d'après la jurisprudence de notre Cour suprême, qui a tempéré ce que les dispositions du Code avaient de trop absolu, et éclairci ce qu'elles avaient d'obscur sur ce point. Une voie analogue a été suivie par la Belgique <sup>1</sup>, la Prusse <sup>2</sup>, la Bavière <sup>3</sup>, le Wurtemberg <sup>4</sup> et le royaume de Saxe <sup>5</sup>.

Après avoir traité, dans les chapitres XIV, XV et XVI (§§ 316-364), de l'exécution des jugements criminels, des tarifs et des droits de la partie civile, le Code autrichien s'occupe, dans les trois chapitres suivants, des procédures extraordinaires ou particulières, comme dirait notre Code : 1° de la reprise des poursuites (chap. 17, §§ 365-376), matière que nous avons déjà exposée et discutée plus haut, à raison de sa connexité avec les jugements ; 2° de la procédure contre les absents, et des contumaces (chap. 18, §§ 377-395) ; 3° de la procédure sommaire et exceptionnelle dite *Standrechtliches Verfahren* (chap. 19, §§ 396-415). Ces matières avaient fait l'objet des chapitres 17, 19 et 23 du Code de 1850.

La manière particulière de procéder, qualifiée *Standrechtliches Verfahren*, se rapproche beaucoup de celle en usage devant les Cours spéciales et prévotales, organisées par notre loi du 15 décembre 1808, ayant formé le titre 6 du second livre du Code d'instruction, et par celle du 20 décembre 1815, institutions abolies par suite des articles 53-54 de la Charte de 1830. Cependant, à la différence de nos Cours spéciales, qui comptaient trois militaires sur les huit juges dont elles étaient composées, le personnel, en Autriche, reste purement civil ; de sorte que ce n'est point par la composition du tribunal, mais par la manière prompte d'instruire, de juger et d'exécuter, que ce mode se distingue de la procédure ordinaire.

Ce que les juristes allemands nomment le *Standrecht*, est un état exceptionnel qui suspend le cours ordinaire de la justice et établit un ordre de choses semblable à l'état de siège ou de guerre. Le Code de 1853 a voulu soumettre cette procédure som-

<sup>1</sup> Loi du 4 août 1832, art. 17.

<sup>2</sup> Loi du 3 janvier 1849, §§ 139-140.

<sup>3</sup> Loi du 6 nov. 1848, § 230.

<sup>4</sup> Code d'instr. crim. du 14 août 1849, § 193.

<sup>5</sup> Projet de Code d'instr. de 1853, art. 77 et 237.

maire à des règles certaines. Selon ses dispositions, le *Standrecht* peut être proclamé et sa procédure appliquée, en cas de machinations ou de menées de haute trahison, et en cas de révolte éclatée ou sur le point d'éclater. Le chef politique de la province a le droit de la proclamer, après avoir pris l'avis du président du tribunal. La même mesure exceptionnelle peut être prise pour un ou plusieurs arrondissements, dans le cas où les crimes de meurtre, de rapine, d'incendie ou de dévastation des propriétés se multiplient d'une manière exceptionnelle; mais alors c'est le ministre de l'intérieur qui seul a le droit de proclamer le *Standrecht*, après en avoir pris l'avis du ministre de la justice. La proclamation se fait, autant que possible, au son de trompe et de tambour, et en outre par la communication aux autorités communales, par affiches publiques et par les journaux.

Le tribunal de première instance du lieu (*Landes* ou *Kreisgericht*) devient, par ce fait, seul compétent; il est composé d'un président, de quatre juges et d'un greffier; il peut établir son siège dans toute localité dépendante du territoire où le *Standrecht* vient d'être proclamé, et il juge toutes les personnes civiles et militaires convaincues des crimes spéciaux. La loi exige que le ministère public, ainsi que le défenseur de l'accusé, soient entendus.

La procédure est, comme nous l'avons dit, très-sommaire, car il n'y a ni instruction préliminaire ni mise en accusation; le procès doit être terminé dans le délai de huitaine; la peine prononcée est toujours la peine capitale, à moins que les exécutions faites aient suffisamment intimidé pour rétablir l'ordre public, dans quel cas la peine des individus moins compromis peut être abaissée à celle de la reclusion de cinq à vingt ans. Quant à cassation ou appel, il n'y en a pas; le recours en grâce même est interdit, et la sentence doit être exécutée deux heures après qu'elle a été prononcée. Par une grâce particulière, ce délai peut être prolongé d'une heure.

Cependant il y a des cas où le tribunal spécial doit remettre la procédure au juge ordinaire (§ 409). Ces cas se présentent :

a) Quand le tribunal exceptionnel ne trouve pas sa compétence bien établie;

b) Quand le corps du délit ne peut être constaté dans les huit jours;

c) Quand le coupable n'a pas été convaincu par sa propre confession ou par la déposition de témoins assermentés (§ 284);

d) Quand il n'avait pas atteint l'âge de vingt ans révolus à l'époque du crime (§ 285).

La cessation du *Standrecht* est prononcée par les mêmes personnes qui ont le droit de l'établir; cette cessation doit être publiée dans les journaux.

Tout homme impartial reconnaît dans ce dernier chapitre les traces irrécusables des secousses qui ont failli démembrer dans les dernières années l'empire des Césars autrichiens. Espérons et pour l'humanité et pour la science, que ce chapitre pourra bientôt être supprimé en Autriche, comme les Cours spéciales ont été abolies chez nous après le feu apaisé des discordes civiles.

Le XXI<sup>e</sup> et dernier chapitre du Code de 1853 règle la procédure en matière de contraventions, et en suivant presque toujours les dispositions que contenait à cet endroit le Code de 1850. Le désir de rendre cette manière de procéder la plus simple possible a inspiré le législateur, sans cependant priver l'inculpé des garanties que la loi lui confère dans les procédures des crimes et délits.

Les contraventions sont jugées sans instruction préliminaire, par un magistrat pris parmi les membres gradués du tribunal d'arrondissement, assisté d'un greffier; il n'y a pas lieu à l'intervention du ministère public; l'inculpé peut s'adjoindre un défenseur. Quant à la reprise des poursuites, la théorie des preuves et l'appel, ils sont également applicables à la procédure en matière de contraventions.

Nous espérons avoir donné, autant qu'il est possible dans une revue succincte, un tableau assez fidèle du nouveau Code de procédure criminel autrichien, pour qu'on puisse bien saisir les principes sur lesquels il repose, les modifications profondes qu'il a fait subir à la législation antérieure, et les divergences de vue qui le distinguent de notre instruction criminelle. En résumé, nous convenons que si quelques principes n'ont pu échapper à notre critique, en général le Code de 1853 a des qualités remarquables. Rédigé dans un style clair et net, il forme un corps bien arrondi dans toutes ses parties; il vise surtout à une administration sûre et prompte de la justice; il donne

des garanties contre les arrestations arbitraires et contre les moyens inavouables tendant à découvrir la vérité; il offre la plus grande latitude à la défense; il pèche même par excès sur ce point par l'ouverture de l'appel en tout état de cause; enfin il se distingue par une tendance humaine à mitiger les peines, et donne à cet effet aux tribunaux des pouvoirs très-étendus.

Si le Code de 1853 a dû abandonner certaines institutions acceptées par le Code antérieur de 1850, mais qui n'avaient pu être mis en vigueur dans une grande partie de l'empire, de hautes considérations politiques en avaient fait une loi; car les tendances unitaires du nouveau règne faisaient une nécessité d'établir une législation uniforme pour toutes les provinces du vaste empire.

Ce sont ces considérations particulières, variant dans chaque pays selon les conditions si complexes par lesquelles se forme le caractère particulier de chaque nation, qui doivent guider et modérer notre jugement, chaque fois qu'il s'agit de prononcer sur le mérite d'une législation étrangère.

Néanmoins nous n'admettrions pas que les auteurs du nouveau Code d'instruction criminelle pour l'empire d'Autriche puissent dire, avec le sage d'Athènes, que tout en n'ayant pas la prétention d'avoir fait la meilleure loi absolument parlant, ils aient donné la meilleure loi possible à leur patrie.

KOENIGSWARTER.



**DES GARANTIES QUE NOTRE RÉGIME ADMINISTRATIF RENFERME  
ET OFFRE AUX DROITS PRIVÉS,**

**DANS LES POINTS DE CONTACT DE LA PROPRIÉTÉ ET DE L'INDUSTRIE  
AVEC LES INTÉRÊTS FINANCIERS ET ÉCONOMIQUES DE L'ÉTAT,  
EXPLIQUÉES PAR DES EXEMPLES TIRÉS DE LA JURISPRUDENCE DES TRAVAUX PUBLICS.**

**Dissertation par M. COTELLE, ancien avocat à la Cour de cassation,  
professeur de droit administratif à l'École des ponts et chaussées.**

**PREMIER ARTICLE.**

Nous avons obtenu dernièrement, au ministère des travaux publics, une communication à laquelle nous aspirions depuis longtemps, et à juste titre, au profit de notre enseignement de l'école des ponts et chaussées. Cette communication, à laquelle naturellement personne n'a songé avant nous, exigeait, au reste, le sacrifice de beaucoup de temps et de la persévérance dans le travail. Nous voulons parler de la faculté que nous avons eue de compulsier, dans ce ministère, les nombreux registres contenant les procès-verbaux des séances du conseil général des ponts et chaussées et de ses sections, des routes, de la navigation et des chemins de fer.

Sans contredit, le plus grand nombre des objets des délibérations du conseil général et de ses différentes sections soulèvent des questions d'art, de disposition architecturale, de finances et de comptabilité, toutes étrangères à nos études. Néanmoins, le conseil général est souvent aussi consulté par l'administration sur les projets de règlements généraux et de circulaires, sur les difficultés qui se rencontrent dans le service entre les différentes autorités, sur les réclamations élevées contre les actes de l'administration par les compagnies exécutantes ou par les entrepreneurs de travaux publics invoquant l'exacte application des clauses de leurs marchés; sur les demandes d'indemnités formées à raison des torts et dommages causés aux récoltes, ou aux propriétés bâties ou non bâties, par les agents de l'administration, ou sur celles des particuliers réclamant la permission d'établir des ouvrages superficiels ou souterrains pour la conduite des eaux au-dessus ou au-dessous du sol des routes, soit afin de débarrasser leurs habitations

d'eaux pluviales ou ménagères, soit pour utiliser les eaux dans l'intérêt de quelque industrie.

Enfin, le conseil général est nécessairement consulté sur les recours introduits au conseil d'État dans la voie contentieuse, l'administration étant appelée à y défendre, ou voulant les y introduire elle-même, afin de faire fixer la jurisprudence sur des points difficiles.

Les délibérations du conseil général des ponts et chaussées sur les matières de législation, d'application des marchés, d'indemnités pour torts et dommages, et en général du contentieux administratif, étant du domaine de nos études, c'était une mine précieuse dont nous avons suivi les filons avec quelque persévérance à travers une masse d'objets hétérogènes ou étrangers à notre recherche. Ce long travail sera suffisamment récompensé si ce premier mémoire en fait désirer la suite par ses lecteurs.

Nous rappellerons d'abord que nos institutions administratives reposent toutes sur les mêmes bases, étant sorties d'une même pensée et d'un même moule. Ce qu'elles ont ainsi de commun, c'est l'heureuse combinaison de ces trois éléments distincts et congénères qu'y a introduits l'homme de génie auxquels tous nos services publics ont dû, au commencement de ce siècle, leur organisation définitive; nous voulons parler : 1° de la *délibération* des conseils administratifs; 2° de l'*action* ministérielle, souvent précédée de leurs avis, mais qui peut aussi se développer spontanément dans sa libre sphère d'activité; 3° et enfin des *contrôles* qui suivent l'action accomplie, et en apprécient les principes et les résultats, ainsi que des *décisions* et *jugements* qui peuvent et doivent corriger toute irrégularité de forme, surtout les abus de pouvoir et les cas d'incompétence.

Dans les ministères de la guerre et de la marine, dans nos administrations actuelles des contributions directes, des contributions indirectes, partout se trouvent également des conseils d'administration, des comités consultatifs, dont les avis préalables éclairent, dans le plus grand nombre des cas, les décisions générales ou particulières que les ministres sont appelés à rendre. Tel est partiellement le rôle que remplit, dans le ministère de l'agriculture, du commerce et des travaux publics, le conseil général des ponts et chaussées.

A envisager, en général, les résultats pratiques de cette séparation entre la délibération, l'action et le contrôle ou jugement, on n'a peut-être pas assez souvent apprécié et signalé l'heureux effet des contre-poids et des garanties qui en résultent pour le droit privé vis-à-vis de la puissance exécutive, c'est-à-dire pour les intérêts de la propriété, des capitaux et des grandes industries qui s'engagent par la puissance du crédit public dans l'entreprise des voies de communication.

Par l'immense développement qu'ont pris les travaux publics de nos jours, à l'imitation de l'Angleterre et de l'Amérique, non-seulement en France, mais aussi dans tous les États de l'Europe, il n'est point d'intérêts si solides qui ne puissent, dans des points de contact imprévus avec les exigences de l'utilité publique, tomber sous la main du gouvernement et des compagnies exécutantes.

Maisons d'habitation, cours, jardins et parcs, établissements de manufactures, magasins de dépôt de marchandises et de commerce, terrains bâtis ou non bâtis, tout cela peut être atteint, détruit ou fortement déprécié, soit par la mesure d'expropriation pour cause d'utilité publique, soit par voie d'alignement et de redressement du tracé des routes, soit même encore par le déclassement et la suppression d'une voie publique, rue ou route; on sait que, suivant la nature des dommages causés à la propriété, l'indemnité sera réglée par les tribunaux ou par l'autorité administrative; il peut même arriver qu'il ne soit dû aucune indemnité, s'il peut être établi que les dommages ne sont que la conséquence indirecte de l'usage que l'administration aura fait de son droit.

La suppression d'usines établies sur le cours des rivières navigables et flottables, les taxes qui peuvent être imposées collectivement aux riverains, par suite de la formation de syndicats pour les endiguements, les frais de curage des rivières non navigables ni flottables, la servitude de halage et autres, voilà de bien lourdes charges qui pèsent sur les habitations bordant les grandes voies de communication de terre et d'eau.

En présence de tant de causes aussi graves que multipliées, pour lesquelles la propriété et les facultés des citoyens sont exposés à de si grands froissements dans leurs points de contact avec les travaux publics, cette partie des affaires de la société mérite bien de servir d'exemple pour étudier le jeu de nos insti-

tutions, et ce qu'elles comportent de garanties pour le droit privé dans les trois modes de développement de l'autorité publique, la délibération antécédente, l'action spontanée et libre du pouvoir et les contrôles et jugements ultérieurs; nous en étudierons le jeu dans l'ensemble des opérations journalières ressortant du ministère des travaux publics.

Des affaires de cette nature, il peut sortir des discussions de quatre sources différentes, savoir : celles émanant de l'autorité supérieure ou du ministre lui-même; puis les avis donnés par le conseil général ou par l'une de ses sections; les avis demandés au conseil d'État, soit en assemblée générale, soit en sections; et enfin les décisions du conseil d'État prononçant sur les affaires contentieuses qu'on appelle les arrêts du conseil.

En rassemblant par catégories distinctes les décisions de chacune de ces autorités, il résulterait un corps de doctrine qui en serait leur *jurisprudence pratique*. La jurisprudence des travaux publics pourrait donc se diviser en quatre parts, ainsi qu'il suit : d'abord celle de l'administration et de ses bureaux ou leurs errements constatés, soit par les instructions générales, soit par les décisions du ministre sur le détail des affaires; puis la jurisprudence du conseil général des ponts et chaussées; celle du conseil d'État résultant de ses avis réglementaires sur des questions d'administration, et enfin la jurisprudence de ses arrêts en matière contentieuse.

L'étude qu'il nous a été permis de faire des procès-verbaux des séances des ponts et chaussées et de ses différentes sections, a mis dans nos mains un élément tout nouveau de la jurisprudence de l'administration des travaux publics.

Étudier les volumineux registres des délibérations du conseil général des ponts et chaussées, c'était, à nos yeux, une expérience à faire pour résoudre, par les faits eux-mêmes et pièces en mains, cette question de garanties sociales que nous sommes posée :

Jusqu'à quel point le droit des citoyens trouve-t-il une protection sérieuse et véritable dans le système compliqué et luxueux des rouages de nos divers services publics? Jusqu'à quel point la société tire-t-elle avantage des avis de tant d'assemblées consultatives, appelées soit à éclairer l'action du pouvoir, soit à contrôler ses actes, les faits étant accomplis, et à juger les réclamations des particuliers qui croient avoir à s'en plaindre?

En résulte-t-il le contre-poids désirable à la spontanéité d'action, aux libres allures que le gouvernement doit, au surplus, conserver pour défendre l'ordre et la chose publique contre tout ce qui peut les menacer?

A ce point de vue de l'observation spéculative, nous avons vu avec édification les garanties réelles qui résultent pour l'intérêt et le droit des citoyens des travaux du conseil général des ponts et chaussées, aussi bien que de ceux du conseil d'État, rendus sous la forme d'avis, des actes émanant de ces assemblées, par forme soit de contrôle et de réformation, ou encore de transaction ou de jugement, selon les cas et la nature des pouvoirs.

Notre conviction est telle à cet égard que, selon notre expérience, nous n'hésitons pas à généraliser, étant sûr que la même étude faite sur les délibérations prises par les conseils d'administration et comités attachés à nos diverses administrations, réglant les intérêts économiques et financiers de l'État dans leur complication avec les intérêts de nos hautes industries et du commerce, avec la propriété et les facultés des citoyens, conduiraient à des résultats tous semblables.

Pour faire apprécier l'influence légitime et heureuse qu'exercent sur les actes du gouvernement les lumières émanées soit des avis du conseil général des ponts et chaussées et de ses sections, soit de ceux du conseil d'État ou de ses sections, soit enfin des arrêts du conseil d'État en matière contentieuse, nous diviserons ce mémoire en trois chapitres dans lesquels nous présenterons successivement le dernier état des doctrines de chacune de ces autorités concernant les travaux publics.

**§ 1. — Examen d'une décision ministérielle, et de la délibération antérieure du conseil général des ponts et chaussées sur le même objet.**

Les avis d'un conseil d'administration ne sont pas nécessairement suivis par le ministre, ni dans ses décisions particulières, ni même dans ses instructions réglementaires. Les instructions tiennent essentiellement à l'action administrative, étant ordinairement provoquées par des fausses idées, par des erreurs qui se sont fait jour dans le service, et à raison desquelles il a paru nécessaire de le ramener aux vrais principes. Mais si pour l'y rappeler, le rédacteur de la circulaire se donne une carrière trop libre, il risquera à son tour de n'être pas lui-même d'une

exactitude irréprochable, selon l'adage : *Omnis distinctio juris periculosa est.*

Les circulaires sont un travail des bureaux ; pour parvenir jusqu'au ministre qui les signe, elles passent par la filière d'examens successifs, mais toujours purement individuels. Heureusement aussi elles ne sont pas obligatoires vis-à-vis des citoyens et n'ont pas autorité de loi contre eux. Si donc leur langage n'est pas rigoureusement exact, cela ne peut pas porter un véritable préjudice aux droits des particuliers.

Mais aussi, toutes les fois qu'il s'agit d'arrêter les projets de mesures qui auront un caractère obligatoire pour tous ceux qu'elles peuvent concerner, chaque ministre s'astreint soigneusement à en soumettre le projet à l'épreuve des débats d'un conseil qu'il préside et aux vues duquel il se conforme le plus souvent.

Ainsi, en 1848, les entrepreneurs des ponts et chaussées ayant adressé des plaintes à l'Assemblée constituante et au gouvernement contre certaines dispositions du cahier des clauses et conditions générales des adjudications, où ils ne trouvaient pas les garanties de droit et les conditions de réciprocité qui sont inhérentes à tout contrat synallagmatique, le ministre des travaux publics dut saisir le conseil de cette question. Une commission a d'abord élaboré un projet de clauses modifiées ; puis il a été soumis à la délibération lente et bien mûrie de ce conseil en assemblée générale ; enfin le fruit des méditations de cette assemblée a encore été soumis à un dernier examen, celui du conseil d'État.

Quoique ce travail n'ait pas été jusqu'ici adopté par Son Excellence le ministre de l'agriculture, du commerce et des travaux publics, il est arrivé, en 1852, que Son Excellence le ministre d'État lui a demandé d'emprunter à l'expérience et à la pratique des ponts et chaussées un cahier des charges pour l'adjudication des travaux d'achèvement du Louvre ; le projet existant fut communiqué à ce ministre, adopté par lui, imprimé et mis en usage pour ces grands travaux. Nous le connaissons donc, et nous aurons l'occasion de le citer dans le cours de ce mémoire ; la rédaction en est fortement conçue et digne du conseil des ponts et chaussées.

Mais d'abord nous allons nous occuper d'une circulaire ministérielle, sur l'opportunité de laquelle le conseil général avait

été consulté, mais dont le texte n'a pas subi l'épreuve de la discussion.

Cette circulaire est celle de M. le ministre des travaux publics, à la date du 23 juillet 1851, concernant les indemnités réclamées, à titre purement gracieux, par les entrepreneurs. Elle a encore pour objet de réglementer dans les travaux l'application de l'article 7 des clauses et conditions générales aux changements ordonnés en cours d'exécution.

M. le ministre s'exprime d'abord en ces termes :

« Depuis plusieurs années, l'administration a pris le sage parti de refuser aux entrepreneurs de travaux publics les indemnités qu'ils réclament par voie gracieuse pour les pertes qu'ils ont éprouvées dans leurs opérations, en dehors des cas prévus par le cahier des charges. Cependant, les entrepreneurs continuent à invoquer sa bienveillance toutes les fois que leur spéculation n'a pas de succès, et il arrive même souvent que MM. les ingénieurs croient devoir approuver leurs sollicitations.

» Je dois conclure de ces recours à la justice gracieuse de l'administration que ses résolutions n'ont pas reçu une publicité suffisante ; comme il importe de ne pas laisser se prolonger et même encourager des espérances qui ne pourraient avoir aucun fondement, je vous prie d'inviter MM. les ingénieurs à faire connaître aux entrepreneurs que l'administration a la ferme volonté d'assurer la stricte exécution du cahier des charges et des devis. »

Nous nous arrêtons ici pour examiner ce premier paragraphe. D'abord, incontestablement, à une époque où les crédits alloués pour les grands travaux, exécutés sous le gouvernement de juillet, se trouvaient épuisés, l'administration était dans son droit en rappelant qu'elle n'était en mesure de faire droit qu'aux seules réclamations qui seraient fondées sur l'application formelle du devis. Sans doute encore, les entrepreneurs sont soumis, à cause de la variation des prix des marchés et encore pour beaucoup d'autres causes, à des chances fâcheuses et à des pertes considérables. Si donc il leur suffisait d'être appuyés par MM. les ingénieurs, dans leurs réclamations, pour obtenir de l'équité de l'administration des suppléments de prix et autres indemnités réparatrices, le principe des adjudications, cette garantie d'économie pour le trésor, cette sécurité prescrite par l'ordonnance du 4 décembre 1836 et d'ordre public, de-

viendrait purement illusoire. Des soumissionnaires sans pudeur pourraient faire des rabais excessifs, et par là écarter leurs concurrents de la lice du concours, en se réservant de capter la bienveillance des ingénieurs à l'effet d'obtenir des prix supplémentaires. Le principe de l'adjudication serait alors sacrifié; de pareils expédients sans contrôle possible amèneraient un véritable gaspillage des fonds du trésor.

A la vérité, des abus de cette nature ayant paru se produire et se multiplier, ils ont excité le zèle de surveillance et de censure de la Cour des comptes dans plusieurs de ses rapports annuels au chef de l'État et aux Chambres.

A une époque plus éloignée de nous, de grands travaux étaient les uns poursuivis et conduits à leur terme avec une activité prodigieuse, ceux des routes ou des canaux; d'autres entrepris et dirigés avec une émulation non moins grande, tels que les travaux de la voie de nos grandes lignes de chemins de fer, mis à la charge de l'État par la loi du 11 juin 1844.

Par l'impulsion aussi vive que soutenue qui était donnée aux travaux, l'administration et les entrepreneurs se sont vus souvent entraînés bien loin des prévisions des devis et des conditions des marchés. Les entrepreneurs rencontraient de grandes difficultés dans l'exécution d'ouvrages dont les projets n'avaient pas été suffisamment étudiés, et ils se sont conformés dans de notables déviations des devis à des ordres journaliers de service, dont les ingénieurs étaient responsables devant l'administration, comme celle-ci l'était devant les entrepreneurs.

Il en est résulté que, plusieurs années de suite, des augmentations de dépenses considérables ont eu lieu, et la Cour des comptes n'a pu voir sans alarmes que les prix des travaux dépassaient infiniment, après l'exécution, les crédits alloués et le montant des adjudications.

Mais si des indemnités pour un chiffre important avaient été ainsi allouées amiablement aux entrepreneurs, ce n'était pas que l'administration eût cédé à de petites considérations d'équité ou à des demandes formées dans la voie purement gracieuse; les propositions des ingénieurs avaient été soumises à un sévère contrôle du conseil général; ces indemnités compensatoires, le ministre les avait accordées sur l'avis du conseil général ou de la section des chemins de fer, fondé sur ce que les demandes paraissaient avoir un fondement solide, et qu'é-



tant soutenues en droit dans la voie contentieuse, elles y auraient triomphé; en un mot il avait été transigé sur le droit des entrepreneurs.

Mais il a suffi qu'on s'écartât effectivement des conditions du marché, sans que le débat eût été engagé contentieusement, pour que les indemnités allouées aient pu être réputées accordées par pure grâce, et sur le seul fondement de l'équité envers des entrepreneurs qui auraient sans cela éprouvé de grandes pertes. De là aussi une opinion décevante qui, bientôt, s'est répandue parmi les entrepreneurs, se flattant, s'aveuglant dans le cas des pertes, et entretenant le fol espoir d'obtenir des indemnités par voie gracieuse.

Cependant, d'après notre expérience personnelle, l'exercice des fonctions d'avocat au conseil nous ayant mis dans la confiance des pertes des entrepreneurs, des ordres de service souvent verbaux qu'ils avaient reçus, de leurs motifs d'espérance et de consolation, nous avons pu souvent constater et reconnaître que les indemnités obtenues par quelques entrepreneurs, en dehors des prix de leurs marchés et à titre de transaction, n'étaient que la juste rémunération de travaux réellement exécutés en dehors des conditions du devis. De là, toutefois, le préjugé, fatalement accrédité parmi les entrepreneurs, qu'il leur suffirait de justifier plus tard de leurs pertes pour obtenir, à leur tour, de l'équité de l'administration qu'elle ne les laissât pas succomber sous le poids de marchés trop désavantageux.

Si donc il est vrai que les réclamations des entrepreneurs pour obtenir des indemnités par la voie gracieuse, aient été quelquefois recommandées à l'administration par les ingénieurs, comme l'énonce la circulaire de 1851, elle semble aller plus loin encore et contenir l'aveu même que, depuis plusieurs années, les demandes de cette nature étaient en effet accueillies par l'administration. Mais les choses n'en sont jamais venues là, ainsi que le démontrent les avis du conseil général, dont la doctrine n'a pas varié sur ce point.

Le conseil général des ponts et chaussées a un double rôle à remplir. D'abord et principalement, il est établi pour éclairer de ses avis les intérêts publics et les droits du trésor, sur les objets de sa compétence; mais, comme assemblée délibérative, il doit fonder ses avis sur une loyale et exacte application des

lois et règlements, ainsi que des traités et marchés pour lesquels s'est lié l'État envers des particuliers.

Nous sommes amené ici, par la circulaire précitée, à faire voir d'abord que les lumières de ce conseil ne font point défaut à l'État pour le maintien de ses droits dans leurs limites véritables; bientôt nous verrons encore avec quelle justice il défend, au besoin, le droit des particuliers.

Au premier point de vue, un exemple révélera quelle a toujours été la doctrine de ses avis.

Ainsi, en 1847, un sieur Sarrigues, entrepreneur des stations du chemin de fer entre Tours et Orléans, demandait une augmentation du prix d'extraction des carrières de Paviers. Le sous-détail avait été établi sur des expériences. Mais l'exploitation en grand faisait ressortir l'insuffisance des prix alloués par la série. Cette réclamation s'appuyait sur l'exemple d'une vérification de la série des prix et d'une augmentation qu'aurait obtenues un sieur Desroches pour les carrières de Pressigny. Elle était recommandée par les ingénieurs. Mais la section des chemins de fer n'a pas cru devoir l'accueillir. Quant à l'exemple invoqué dans cette affaire, la citation n'en était pas exacte. En effet, les carrières de Pressigny avaient montré, au lieu des bancs réguliers et continus annoncés dans le devis, des blocs de pierre d'inclinaison diverse, séparés par des couches d'argile et de cailloux, et s'enfonçant sous une croûte siliceuse qu'il avait fallu exploiter à la poudre de mine. Il y avait là une déviation complète aux conditions du travail résultant du devis.

Cependant, les carrières de Paviers ne présentaient pas une irrégularité de ce genre. Des quantités considérables de pierres en avaient été extraites précédemment pour des monuments publics, tels que le palais de justice de Tours. Dans l'hiver de 1845, un cube assez considérable en avait été destiné par prévision aux travaux des stations; enfin, l'entrepreneur avait eu tout le temps de reconnaître à l'avance quel serait le prix d'extraction d'une exploitation en grand.

Aussi l'avis de la section des chemins de fer fut-il de rejeter la demande. « L'article 11 du cahier des clauses et conditions générales, y est-il dit, s'oppose à ce qu'on reconnaisse à l'entrepreneur un droit, même en présence de l'insuffisance démontrée des prix et malgré la circonstance alléguée qu'entre l'annonce de l'adjudication et l'adjudication elle-même, l'entre-

preneur n'aurait pas pu se procurer d'autres renseignements que ceux que les ingénieurs avaient transmis sur les lieux ; l'article 11 ayant précisément pour but de donner aux marchés contractés par l'État une fixité qu'ils perdraient, s'il était loisible aux entrepreneurs de réclamer des modifications sur tous les points sur lesquels ils éprouveraient des pertes avérées. » (Section des chemins de fer, procès-verbal du 27 janvier 1848.)

Le conseil général a statué, suivant le même principe, dans l'espèce suivante. Le sieur Ansart-Manem, entrepreneur des travaux du chemin de fer de Tours à Bordeaux, avait pour 1,800,000 fr. de travaux à exécuter. Il s'aperçut bientôt qu'il était constitué dans des pertes énormes. Mais les ingénieurs n'en pressaient pas moins l'exécution. Il ne lui restait plus que 500,000 fr. à dépenser lorsqu'il demanda enfin la révision des prix de série ou la résiliation de son marché.

La révolution de 1848 était survenue. Cet entrepreneur occupait huit cents ouvriers ; il y avait lieu de craindre des désordres graves si les ouvriers étaient congédiés, et si dans leur oisiveté ils se mettaient en rapport avec des milliers d'ouvriers occupés sur les ateliers voisins.

Malgré la gravité des circonstances, l'avis du conseil général n'en fut pas moins que la demande en augmentation des prix était inadmissible ; seulement le conseil a proposé, tout en accordant à l'entrepreneur la résiliation de son marché, de traiter avec lui amiablement et de retenir son matériel, moyennant indemnité, afin de faire continuer les travaux en régie pour le compte de l'administration. (Conseil général, procès-verbal du 10 avril 1848.)

Ces deux décisions suffisent pour montrer que le conseil des ponts et chaussées n'est nullement entré dans la voie d'accorder aux entrepreneurs des indemnités dans la voie gracieuse.

La circulaire du 23 juillet 1851, pour motiver son droit d'ailleurs évident d'écarter les demandes de cette nature, s'exprime comme il suit : « Les marchés des travaux publics sont des contrats aléatoires ; il est du devoir de l'administration de ne se prêter à aucune dérogation qui serait préjudiciable aux intérêts de l'État. Si un entrepreneur réalise des bénéfices exagérés, l'administration n'a pas et ne peut avoir le droit d'exiger la révision des prix et de diminuer le gain fait sur elle ; si, au contraire, l'entrepreneur essuie des pertes, il ne peut exiger

que l'administration vienne à son aide. Autrement les conditions de publicité et de concurrence seraient tout à fait illusoires, les marchés ne seraient plus sérieux, les chances ne seraient plus égales entre les parties; et, en définitive, l'État, qui ne profiterait jamais des spéculations heureuses, supporterait presque toujours les conséquences des mauvaises. »

La proposition que les marchés de travaux publics sont des contrats aléatoires est-elle bien exacte? n'y aurait-il pas danger à laisser s'accréditer un tel axiome? Si cette proposition était admise en principe, les entrepreneurs étant exposés à subir de grandes pertes, suivant les exigences du marché et la perfection du travail que tous les ingénieurs pourraient réclamer d'eux, ceux-ci pourraient exagérer encore la rigueur des conditions du devis, et rendre par là les prix de l'adjudication plus ruineux sans se préoccuper de l'intérêt des entrepreneurs, dans la pensée que le contrat étant *aléatoire* ils ne feraient qu'en subir les conséquences naturelles.

Or, évidemment, le marché des entrepreneurs est un contrat synallagmatique; c'est le contrat de louage d'ouvrage et d'industrie (C. civ. 1710) qui ne rentre pas dans la définition des contrats aléatoires, suivant lesquels la chance de gain ou de perte est réciproque entre les parties. Aux termes de l'article 1104 du Code civil, le marché des entrepreneurs sera d'autant moins aléatoire que les éléments en auront été mieux étudiés et préparés par les ingénieurs et leurs agents, et il y a là pour eux un strict devoir et une responsabilité morale très-grande.

Ce qu'il y a seulement de vrai, c'est qu'il peut entrer de l'aléatoire dans un tel contrat de la part de l'une des parties seulement; ainsi les stipulations fondées sur les prix coûtants du commerce sont naturellement dans ce cas.

Il peut, en outre, y avoir dans les marchés des clauses particulières de forfait, desquelles résulte un *aléatoire* qui, étant alors réciproque entre les parties, rentre dans les termes de la définition de l'article 1104 du Code civil.

Ainsi plusieurs avis du conseil général des ponts et chaussées ont consacré loyalement ce principe, que quand un prix a été réglé à forfait, il n'appartient pas plus à l'administration de le modifier s'il lui devient désavantageux, qu'à l'entrepreneur s'il en éprouve de la perte.

Par exemple, dans l'entreprise d'un sieur Touchard, sur le chemin de fer de Paris à Strasbourg, le prix de la chaux artificielle à double cuisson était fixé à un chiffre élevé. On l'avait adopté d'après les éléments du prix de fabrication sur le lieu. Mais l'entrepreneur a su se la procurer de loin à beaucoup meilleur marché. L'administration proposait, en conséquence, de reviser ce prix. Mais l'avis du conseil général fut, très-sagement suivant nous, « qu'à défaut de toute stipulation sur la composition et la provenance de la chaux, les entrepreneurs étaient fondés, d'après le forfait convenu, à réclamer le prix le plus élevé de la chaux. » (Procès-verbal du 24 octobre 1850.)

Nous pourrions citer plusieurs exemples de ce respect du conseil général pour les conséquences d'une clause de forfait expressément introduite dans les marchés et devenue fort préjudiciable au trésor. Mais, hors ce cas, les marchés ne peuvent pas être considérés comme aléatoires de leur propre nature. Cette articulation de la circulaire de 1851 pêche donc aussi, en toute rigueur, contre les définitions de la loi.

Cette circulaire, dont le but a été de faire cesser les demandes qui ne pourraient être admises sans déroger aux principes de publicité et de concurrence établis pour les marchés des entrepreneurs, reconnaît, au surplus, qu'il peut y avoir lieu de la part de ceux-ci à de légitimes réclamations, dont la discussion doit leur être ouverte.

Mais elle semble assigner restrictivement trois cas comme les seuls dans lesquels l'entrepreneur serait admis à réclamer des indemnités, en dehors des prix de son marché, savoir : 1° les pertes, avaries et dommages résultant des cas fortuits et de force majeure, pourvu que l'entrepreneur ait eu soin de faire constater ces pertes dans un délai de dix jours après l'événement (art. 26 des Cl. et cond. gén.) ; 2° la réclamation contre les erreurs de métrés ou de diminution d'ouvrages, laquelle devra être formulée dans le délai de dix jours de la présentation des métrés généraux et partiels, états d'attachement, etc. (art. 31 des Cl. et cond. gén.) ; 3° les réclamations relatives aux faits imprévus qui se sont produits en cours d'exécution, et à raison desquels des changements auront été apportés au devis par MM. les ingénieurs (art. 7 des Cl. et cond. gén.).

Cette circulaire a encore pour résultat de prescrire aux ingénieurs deux obligations : par la première, elle leur fait un devoir

rigoureux de laisser dans les mains de l'entrepreneur un ordre écrit, toutes les fois que ceux-ci devront s'écarter des conditions du devis, par des motifs de convenance, d'utilité et d'économie. Les ordres verbaux, qui ont toujours été interdits, seront désormais, de la part du ministre, l'objet d'un blâme sévère. — 2° A moins d'une urgence véritable, les changements que MM. les ingénieurs penseraient devoir être apportés au devis doivent être préalablement soumis par eux à l'approbation de l'autorité supérieure.

Ces dernières prescriptions, qui sont excellentes, figuraient dès auparavant dans le projet de modifications du cahier des clauses et conditions discuté en conseil général.

Quant aux causes de réclamations des entrepreneurs signalées au nombre de trois, comme appelant toute l'attention de l'administration, évidemment elles n'ont pu l'être que d'une manière purement indicative et non restrictive.

Au mois de décembre 1849, c'est-à-dire antérieurement à la date de la circulaire, le conseil général des ponts et chaussées avait été consulté par M. le ministre des travaux publics sur la question de savoir si le cahier des charges et la jurisprudence lui conféraient le droit d'accorder des indemnités par voie gracieuse.

Un membre a soumis à l'examen du conseil une note dans laquelle on posait d'abord en principe que *nulle réclamation ne pouvait être admise dans la voie contentieuse si elle n'avait pas sa règle ou fondement en droit dans quelque-une des prévisions du cahier des clauses et conditions générales*; il prétendait formuler et renfermer tous les cas du contentieux des marchés sous dix catégories, savoir : 1° cas de pertes résultant de cas fortuits et de force majeure (art. 26 des Cl. et cond. gén.); 2° réclamations pour des parties d'ouvrages non prévues par le devis et ordonnées en cours d'exécution (art. 22); 3° travaux nécessités par la rencontre de déblais non prévus et autres circonstances et faits nouveaux non contestés par MM. les ingénieurs (*ibid.*); 4° prix à régler pour l'exploitation de carrières, autres que celles indiquées par le devis (art. 22); 5° réclamations pour erreurs de métrés (art. 32); 6° indemnités réclamées par un entrepreneur pour changement dans les proportions des ouvrages qui lui étaient adjugées (projet de nouvelles Cl. et cond. gén.); 7° indemnités réclamées par un entrepreneur, à raison

du préjudice que lui aura causé un refus de résiliation, dans le cas prévu par l'article 39 des clauses et conditions générales; 8° indemnités réclamées au sujet d'une régie établie sans causes légitimes (art. 21); 9° réclamations des entrepreneurs pour être affranchis d'une responsabilité qui ne devait pas peser sur eux; 10° et enfin, à supposer qu'il puisse s'offrir un autre cas du contentieux, susceptible d'être soumis à la décision du conseil de préfecture et au conseil d'État sur l'appel, conformément à l'article 42 des clauses et conditions générales, il faudrait toujours que la réclamation fût basée sur l'une des dispositions du même cahier des clauses et conditions générales.

Ces énonciations des cas du contentieux des marchés, présentées sous une forme limitative, étant aussi complexes que sommaires, nous demandons la permission de les éclaircir par des exemples.

En les reprenant dans l'ordre du tableau qui précède, nous aurons une occasion toute naturelle de mettre dans tout son jour l'esprit de justice et les hautes lumières du conseil général, et les garanties qu'y trouvent les droits privés soumis à ses décisions.

Nous remplirons, par cette première étude, l'objet de notre travail, en ce qui concerne cette assemblée consultative.

1° *Cas fortuits et de force majeure* (art. 26 des Cl. et cond. gén.). — En 1846, l'entrepreneur du pont de Libourne s'était obligé à établir et entretenir tous les échafaudages et ouvrages à exécuter, moyennant une somme fixe déterminée par l'adjudication. Parmi les échafaudages était un pont de service, établi seulement pour faciliter l'exécution des travaux. Le 23 décembre 1846, il survint un ouragan dont la violence fut telle que quatorze fermes sur vingt-six de la partie exécutée de ce pont furent enlevées dans une longueur de 160 mètres. Dans cette chute, beaucoup de bois brisés et de fers perdus. L'entrepreneur demanda que les frais du rétablissement de ce pont fussent mis à la charge de l'administration, l'ouragan du 23 décembre étant un fait extraordinaire et un cas de force majeure.

Cependant, il manquait encore à ce pont de service des pièces importantes prescrites par le devis, et il s'agissait de savoir si leur absence, pouvant être réputée fait de négligence, de retard, de fausses manœuvres de la part de l'entrepreneur, n'aurait pas enlevé aux échafaudages une grande partie

de leur solidité? Si, dès lors, les suites de l'ouragan ne devaient pas être laissées à la charge de l'entrepreneur?

Le pont à construire sur la Dordogne faisait partie du chemin de fer de Tours à Bordeaux; la section du chemin de fer, examinant ce cas, a été d'avis qu'à raison de la violence de l'ouragan, le pont de service n'aurait pas résisté davantage dans le cas où les travaux auraient été plus avancés et entièrement conformes aux prévisions du devis; d'ailleurs la rupture du pont avait eu lieu au-dessus du point où manquaient les pièces destinées à consolider les pilées, tandis que la partie achevée n'avait éprouvé aucune avarie. Cette circonstance a paru décisive pour l'entrepreneur. (Séance du 11 février 1847.)

*Autre exemple de cas fortuit.* — Les travaux de terrassement de la première section du chemin de fer de Tours à Nantes se poursuivaient entre Saint-Mars et Langeais, dans une prairie bordée au midi par la Loire; cette prairie était séparée de la rivière par une levée et baignée au couchant par la Roumer, ruisseau coulant du nord au midi et versant ses eaux dans la Loire par deux aqueducs à clapets. Le sol de cette prairie est plus bas que le niveau des eaux de la Loire. — Les eaux étant devenues très-hautes, les clapets fermés n'empêchaient pas leurs infiltrations dans la prairie. Elle fut peu à peu submergée, ainsi que la route impériale qui suit la Loire. Cependant, MM. les ingénieurs s'appliquaient à ce que les travaux ne fussent pas interrompus. Des chemins en bois furent établis dans la prairie pour que les transports de remblais pussent se continuer. Mais ils furent bientôt envahis. Enfin, deux cents chevaux et les charretiers étaient demeurés pendant vingt jours en chômage. La dépense en devait-elle être mise à la charge de l'État? N'y avait-il là, de la part de l'entrepreneur, qu'une réclamation formée dans la voie gracieuse? La section du chemin de fer a été d'avis qu'il devrait être indemnisé. (Séance du 1<sup>er</sup> février 1849.)

*Autres accidents des travaux du chemin de fer de Strasbourg.* — Il avait été constaté par quatre procès-verbaux que des enfoncements brusques et des soulèvements du sous-sol s'étaient manifestés à cinq reprises différentes, du 2 mars au 15 octobre 1847, dans l'emplacement de la levée de Chesnay. — Delà un tassement considérable et subit qui avait accru de beaucoup la masse des remblais à exécuter. L'entreprise réclamait



pour la différence entre les travaux faits et ceux du devis. La section des chemins de fer a proposé de distinguer entre les tassements graduels et ceux produits par des soulèvements brusques. Heureusement pour l'entrepreneur, ces effets extraordinaires avaient été constatés contradictoirement entre lui et les agents de l'administration. (Séance du 17 juillet 1852.)

2° *Changements effectués en cours d'exécution, — ordres écrits* (art. 7 des Cl. et cond. gén.). — Souvent des changements au devis ont été reconnus indispensables ; les travaux ne pouvaient pas se continuer selon les prévisions du marché ; la différence dans le montant des déblais, par exemple, impliquait nécessairement la modification des prix. Dès lors, la continuation des travaux ordonnés, après la vérification contradictoire des accidents du terrain, équivalait à des ordres, ou bien les ordres de changement avaient été donnés par écrit ; mais l'administration n'en avait pas été informée immédiatement par MM. les ingénieurs. De là une difficulté d'application de l'article 7 des clauses et conditions générales, qui veut que tous changements aient été ordonnés par écrit.

Pendant, le conseil général n'a pas hésité à admettre que l'entrepreneur, étant tenu de se conformer aux ordres du service sous la responsabilité de l'ingénieur en chef, la reconnaissance donnée par ce fonctionnaire, la ratification formelle des ordres même purement verbaux, obligeait l'administration, sauf à elle à exercer telle mesure de discipline qu'il appartenait contre le service.

Dans des travaux du chemin de fer de Tours à Nantes, un grand nombre d'ouvrages non prévus par le devis avaient été exécutés, d'une nature très-variée, compris les uns dans des prairies profondes, les autres sur le flanc des coteaux coupés par des ravins. Il en résultait une augmentation de 8 pour cent, au-dessus des prix du devis, montant à une somme de 60,000 fr.

L'administration n'avait pas été avertie de ces changements et avait la velléité d'en exciper contre l'entrepreneur. La section des chemins de fer n'a pas admis ce système. Mais en proposant d'allouer à l'entrepreneur les prix supplémentaires, elle a émis l'avis qu'un blâme était encouru par le chef de ce service pour n'avoir pas averti immédiatement l'administration des difficultés imprévues du travail, et n'avoir pas soumis à son

approbation les nouveaux prix qui devaient être alloués à l'entrepreneur, non plus que de nouvelles conventions passées avec les propriétaires. (Séance du 6 juin 1850.)

Les entrepreneurs eux-mêmes ont eu souvent à regretter d'avoir obéi, dans des circonstances graves, à des ordres qui ne leur étaient point donnés par écrit. Les ordres verbaux ont pu quelquefois s'oublier, et, par le changement de résidence d'un ingénieur, il a pu quelquefois subsister sur la vérité des faits une incertitude fatale pour l'entrepreneur.

Dans le projet de modifications du cahier des clauses et conditions générales, on a voulu prévenir de semblables inconvénients par la disposition suivante :

Art. 12. « L'entrepreneur se conformera également aux changements qui lui seront prescrits pendant le cours du travail, mais seulement lorsque l'architecte (il s'agit ici des travaux du Louvre) les aura ordonnés par écrit et consignés au registre d'ordres. On ne lui tiendra compte de ces changements que s'il justifie de l'ordre écrit et enregistré par l'architecte, qui alors en sera seul responsable vis-à-vis de l'administration.

» L'entrepreneur sera tenu à toute réquisition, et au moins une fois par semaine, d'apposer sa signature sur le registre des ordres de service, afin de constater qu'il a eu la communication des ordres qui y sont portés. »

Anticipant sur l'adoption de ces modifications projetées, la circulaire du 23 juillet 1851 rappelle MM. les ingénieurs à l'observation de l'article 7 du cahier actuel, indiquant particulièrement que les changements apportés au devis seront ordonnés *par écrit*.

« Je sais, dit M. le ministre, que quelques ingénieurs regardent cette disposition comme une faculté plutôt que comme un devoir, et se bornent à donner des ordres verbaux au lieu d'ordres écrits. Cette interprétation n'est point exacte et ne répond point aux vues de l'administration. C'est un devoir rigoureux pour MM. les ingénieurs de laisser dans les mains de l'entrepreneur un ordre écrit, toutes les fois qu'ils s'écartent des conditions du devis pour des motifs de convenance, d'utilité ou d'économie; en lui refusant cette garantie, ils le mettent à la merci de leurs souvenirs; ils peuvent d'ailleurs recevoir une autre destination avant le règlement du compte.... Les ordres verbaux demeurent formellement interdits; s'il en était encore

donné, ils seraient, de ma part, l'objet d'un blâme sévère. »

De plus, cette circulaire avertit MM. les ingénieurs qu'à moins d'une urgence véritable, ils doivent soumettre préalablement les changements ordonnés à l'approbation de l'administration supérieure. « La législation qui régit aujourd'hui les finances, dit M. le ministre, m'oblige à insister sur mes recommandations. L'article 9 de la loi du 15 mai 1850 porte qu'aucune dépense ne pourra être ordonnée et liquidée sans qu'un crédit ait été ouvert par une loi, et que toute dépense non créditée ou dépassant le crédit sera laissée à la charge personnelle du ministre contrevenant; la responsabilité ministérielle exige donc qu'après avoir approuvé un projet de travaux, l'administration puisse exercer à chaque instant son contrôle sur les circonstances de l'exécution, et principalement sur les modifications qui peuvent entraîner une augmentation de dépenses. »

3° *Changements dans les travaux résultant de la force des choses, exigeant la modification des prix* (art. 22). — Dans une partie des travaux du chemin de fer de Tours à Bordeaux, il s'est offert des difficultés telles, dans l'extraction de la pierre, que le prix du tuf à extraire au pic avait doublé, et le prix de ce tuf à extraire à la mine avait triplé. L'administration ne voulait pas reconnaître et admettre d'autre modification des prix du devis que celle résultant en sa faveur du rabais de l'adjudication. Elle objectait que les prix étaient réglés à forfait par l'entrepreneur.

Mais M. l'ingénieur en chef signalait une circonstance favorable à celui-ci; dans une courbe d'un grand développement, le résultat du tracé définitif ne coïncidait plus avec celui des opérations antérieures à l'adjudication. Or, il était notoire que l'axe des déblais avait été remonté d'un mètre; par suite la masse des déblais qui n'étaient praticables qu'à la mine avait été augmentée de 600 mètres cubes. En conséquence, l'avis de la section a été favorable à l'entrepreneur. (Séance du 21 septembre 1847.)

D'autres difficultés analogues s'étant présentées dans l'atelier de Meauce, au chemin de fer du Bec-d'Allier à Clermont, sur la demande d'un règlement de prix corrélatifs à des travaux extraordinaires, cette section ne s'est pas bornée à proposer l'allocation de ces prix; elle a déclaré, en outre, que M. l'ingénieur Schemler avait dirigé ces travaux avec tant de soin et

une intelligence si remarquable qu'on verrait avec plaisir qu'il en rendit un compte détaillé dans un mémoire qui serait publié par les *Annales des ponts et chaussées*, pour être consulté par les ingénieurs. (Avis du 9 novembre 1852.)

4° *Prix d'extraction de carrières autres que celles indiquées par le devis* (art. 9, §§ 6 et 7 des Cl. et cond. gén.). — Un changement des carrières indiquées par le devis a souvent lieu, soit suivant le désir de l'entrepreneur, qui demandera d'être autorisé à en exploiter de nouvelles plus rapprochées, et à son avantage; soit sur l'initiative prise par les ingénieurs, lorsque les carrières indiquées ne contiennent pas de matériaux de la qualité sur laquelle on avait compté. Dans ce dernier cas seulement, de nouveaux prix doivent être réglés pour l'extraction et le transport.

Dans une adjudication de travaux d'un chemin de fer, avant qu'elle eût lieu, l'ingénieur en chef avait fait l'observation que les emprunts pouvaient être faits à des distances plus rapprochées que celles indiquées par le devis, et qu'il en résulterait une économie de plus de 50,000 fr. dans les frais de transport. Mais il n'en était résulté aucune modification dans les indications du devis.

Aussi l'entrepreneur, après avoir soumissionné et obtenu les travaux moyennant un fort rabais de 18 pour cent, qui montait à la somme de 114,000 fr., a-t-il bien su de lui-même effectuer les emprunts dans des lieux plus rapprochés que ceux que le devis signalait. Il ne s'était pas fait autoriser, comme semble l'exiger le § 7 de l'article 9 du cahier des clauses et conditions générales, pour opérer ce changement, qui lui procurait une très-grande économie sur les frais de transport.

Aussi, lors du règlement de son décompte définitif, MM. les ingénieurs ont prétendu retrancher du prix du transport la différence résultant de l'éloignement respectif des lieux d'extraction. Cependant, dès qu'il fut constant pour la section des chemins de fer que l'observation qui avait été faite, avant l'adjudication, par M. l'ingénieur en chef, n'avait pas été mise à la connaissance des soumissionnaires, la section en a conclu qu'en faisant leurs soumissions et leurs rabais ils avaient dû compter qu'ils auraient une certaine latitude dans le choix des lieux d'emprunt et de dépôt; que dès lors il n'y avait lieu ni de résilier l'entreprise, ni de faire aucun retranchement sur les prix de

transport, en disputant à l'entrepreneur l'économie qu'il avait pu faire sur les distances. (Séance du 24 janvier 1850.)

5° *Réclamations pour erreur de métrés.* — Le plus souvent le cube total des déblais est porté dans les comptes, tel qu'il résulte des métrés et de l'avant-profil signifiés à l'entrepreneur, et contre lesquels il n'aura pas réclamé dans un délai déterminé par le devis. Cependant, il peut avoir à réclamer lorsque quelque circonstance fortuite met les métrés et les profils en défaut. Ainsi des talus de chemin de fer s'étant enfoncés dans le sol de terrains marécageux, l'entrepreneur a pu reconnaître que la masse de ses remblais excédait de beaucoup celle prévue, à raison de la compression du sol. Au moyen de sondes et de coupures dans ces talus, on reconnaîtra s'il est vrai qu'ils se soient enfoncés dans le sol marécageux.

Mais aussitôt que de pareils accidents se font sentir, les ingénieurs doivent aussitôt faire faire des métrés et attachements contradictoires avec les entrepreneurs. L'omission de ce qu'il aurait fallu faire pour prévenir les réclamations ou en reconnaître l'exactitude, peut être pour les ingénieurs la cause d'un blâme sévère. (*Section des chemins de fer, séance du 17 mai 1852.*)

Lorsque les métrés des déblais exécutés ne sont pas d'accord avec l'avant-métré, ce n'est pas toujours une cause légitime pour réduire le compte de l'entrepreneur. Ainsi, dans les travaux du canal latéral à la Garonne (lots 1 à 4 des terrasses, et 9° des ouvrages d'art), MM. les ingénieurs refusaient de comprendre dans le décompte définitif de l'entreprise une quantité assez considérable de déblais, réclamés par l'entrepreneur d'après l'avant-métré, mais qui ne se retrouvaient pas dans les déblais exécutés.

Cependant la section de la navigation, saisie de cette difficulté, a eu des motifs d'expliquer le déficit qui semblait s'offrir dans les remblais; elle a soupçonné que le nivellement avait été mal fait, le point de mire ayant été probablement placé sur des piquets saillants au-dessus du sol; d'où il était arrivé que le calcul des déblais avait donné un résultat exagéré, et celui des remblais un résultat trop faible. D'après cet aperçu, la section a été d'avis qu'il y avait lieu de porter dans les comptes le total des déblais exécutés, tel qu'il résultait des profils et de l'avant-métré signifiés à l'entrepreneur. (Séance du 20 décembre 1847.)

Au reste, désormais, grâce à l'usage des carnets tenus journalièrement par les conducteurs et agents auxiliaires, conformément au règlement spécial de la comptabilité des ponts et chaussées, en date du 28 septembre 1849, par un heureux emprunt que le service a fait au génie militaire, carnets sur lesquels les entrepreneurs apposent leur signature, les contestations sur la nature, les dimensions ou quantités des fournitures et main-d'œuvre de chaque jour seront bien moins fréquentes.

Le projet de modification du cahier des charges qui a été adopté pour l'achèvement du Louvre, contient à cet égard de sages dispositions dans l'article 52, ainsi conçu :

« Si des difficultés s'élèvent, dans le cours de l'entreprise, entre l'architecte et l'entrepreneur, il en sera référé à l'administration.

» Dans le cas prévu par l'article 23 (concernant la réception des matériaux); par le § 2 de l'article 26 (relatif aux fouilles et aux objets d'art qui peuvent s'y rencontrer), ou par le § 1 de l'article 28 (qui prévoit les vices de construction), l'architecte dressera immédiatement procès-verbal des circonstances de la contestation. L'entrepreneur pourra consigner à la suite du procès-verbal, qui devra lui être communiqué, les observations qu'il se croira en droit de présenter. Ces observations devront être faites dans le délai de dix jours. Le procès-verbal sera transmis par l'architecte à l'administration, pour qu'il y soit donné telle suite que de droit.

» Dans aucun cas, l'affaire ne pourra devenir l'objet d'un débat contentieux sans avoir été, au préalable, soumise à l'administration. »

On ne peut douter que ces dispositions, lorsqu'elles auront été introduites dans le service des ponts et chaussées, n'aient pour effet de prévenir beaucoup de difficultés, en enlevant aux entrepreneurs tout prétexte de se plaindre d'avoir été conduits plus loin qu'ils ne voulaient par les ingénieurs, dans une augmentation de frais de tous les instants, faute de constatation journalière des détails de leur ouvrage.

6° *Indemnités pour changements dans les proportions des ouvrages.* — Relativement aux indemnités réclamées pour changements dans les proportions des travaux, l'auteur de la note citée plus haut se référerait aux articles 31 et 32 du projet des nouvelles clauses et conditions, ainsi conçus :

Art. 31. « Lorsque les changements ordonnés auront pour résultat de modifier les proportions relatives de certaines natures d'ouvrages, de telle sorte que l'application des prix de l'adjudication aux nouvelles quantités diffère de plus d'un tiers, en plus ou en moins, de l'application des mêmes prix aux quantités prescrites par le devis, l'entrepreneur pourra, s'il s'y croit fondé, présenter, en fin de compte, une demande d'indemnité basée sur le préjudice que lui aurait causé la modification apportée dans les proportions prévues. »

Art. 32. « En cas de diminution dans la masse des ouvrages, l'entrepreneur, sauf stipulation contraire exprimée dans le devis, ne peut élever aucune réclamation, tant que la diminution n'exécède pas le sixième du montant de l'entreprise. Si la diminution est de plus du sixième, il peut recevoir, s'il y a lieu, à titre de dédommagement, une indemnité qui, dans aucun cas, n'excédera le vingtième de la différence entre les dépenses faites et les cinq sixièmes du montant des travaux adjugés. »

Telles sont les combinaisons adoptées dans le nouveau projet de cahier des charges, afin que le droit de faire résilier le marché, en cas d'augmentations ou de diminutions dans les quantités respectives de certaines natures d'ouvrages, ait de justes limites, l'administration ne pouvant pas être soumise à la nécessité de résilier et de faire de nouvelles adjudications sur le moindre prétexte.

Sur ce chef de réclamations comme pour ceux que nous venons d'éclaircir par des exemples, les avis du conseil général prouvent encore qu'au sein de cette assemblée, l'équité ne s'efface pas devant la préoccupation du droit rigoureux. Dès avant la discussion de ces modifications proposées dans le cahier des charges, le conseil aurait admis que, dans le cas de changements considérables dans les proportions respectives des ouvrages, l'entrepreneur avait droit à des dommages-intérêts.

Dans la séance de la section des chemins de fer, du 6 septembre 1847, l'espèce suivante s'est présentée. L'entrepreneur d'une partie des travaux du chemin de fer de Tours à Nantes avait fait un rabais de 13 pour 100 sur le prix offert dans les devis. Or, à l'époque à laquelle la soumission fut acceptée, le travail se trouvait exécuté au tiers en régie pour le compte de l'État; et sur les deux tiers restant à exécuter, l'entrepreneur ne pouvait plus retrouver le bénéfice qu'il aurait fait sur la to-

talité du travail mis en adjudication. La section a été d'avis que, dans cette situation des choses, il y avait lieu de l'indemniser.

Dans les travaux du chemin de fer de Strasbourg, le sieur Mérat avait, d'une part, renoncé à réclamer contre le classement des déblais indiqués par l'avant-métré; mais le même jour, et en vue de compenser le sacrifice qu'il faisait par cette renonciation, il avait soumissionné 8,700 mètres cubes de moellons smillés. Or cette fourniture lui ayant été retirée, la section des chemins de fer fut d'avis qu'il y avait lieu de lui tenir compte du bénéfice qu'il aurait fait sur ce travail, évalué à plus de 4 centimes le mètre cube.

7° *Réclamations à raison du refus de résilier dans un cas où l'entrepreneur avait droit à la résiliation demandée* (art. 39). — On sait qu'aux termes de l'article 39 des clauses et conditions générales, l'entrepreneur peut demander la résiliation de son marché, si la masse des travaux est augmentée de plus du sixième en cours d'exécution. Or l'entrepreneur d'une route, en Corse, avait en outre l'adjudication d'un pont qui devait avoir 16 mètres d'ouverture. Il lui fut enjoint d'en porter l'ouverture à 24 mètres. C'était évidemment une augmentation de plus du sixième dans le volume des ouvrages; étant déjà en perte sur son marché, il en demande la résiliation; ce qui est refusé, avec menace d'une régie au compte de l'entrepreneur. Cependant, avant même que la première arche soit construite, le crédit se trouve déjà épuisé; et MM. les ingénieurs refusent à l'adjudicataire de lui faire connaître l'évaluation des travaux de la seconde arche.

Dans cette situation, celui-ci demande à l'administration une indemnité des pertes que lui a occasionnées le refus de la résiliation, les changements apportés dans les dimensions du pont ayant dénaturé complètement son entreprise.

L'avis du conseil général a été favorable à cet entrepreneur; il a proposé en conséquence, au ministre, d'inviter MM. les ingénieurs actuellement chargés des travaux du pont de remettre à l'administration l'état des pertes justifiées par l'entrepreneur; il a fait observer, de plus, que les ingénieurs qui dirigeaient l'ouvrage à son commencement, avaient fait subir des changements au projet, sans y avoir été autorisés par l'autorité



supérieure, ce qui devait leur faire encourir un blâme de sa part. (Séance du 3 juillet 1848.)

8° *Annulation demandée par un entrepreneur des conséquences d'une régie établie à sa charge sans causes légitimes* (art. 21 Cl. et C. gén.). — L'entrepreneur des travaux d'une section du chemin de fer de Paris à Rennes avait fait un rabais de 14 pour 100 sur un prix montant à 650,000 francs. Se trouvant en pénurie de fonds, il réclame une dernière avance; on lui répond qu'il ne lui est plus dû que la somme de 4,800 francs. En conséquence du refus des fonds demandés, une régie est établie à son compte pour défaut de moyens. L'entrepreneur avait exécuté les deux tiers de ses travaux. Mais, lors de l'établissement du décompte définitif, il a été reconnu que l'on s'était trompé lors de la mise en régie de l'entrepreneur, et qu'à cette époque il lui était encore dû 70,000 francs.

Dans ces circonstances, l'entrepreneur a demandé d'être déchargé des conséquences de la régie établie pour son compte. Il avait aussi à se plaindre de changements considérables apportés en cours d'exécution dans les travaux d'un viaduc. Ce pont, qui devait être droit et établi en arcs de fonte, avait été construit tout en maçonnerie avec une arche biaise. Il en était résulté un retranchement de 65 tonnes de fonte, et une augmentation notable de la main-d'œuvre pour la pierre de taille. L'entrepreneur demandait des indemnités pour cet accroissement de dépense, ainsi que pour l'usure de son matériel dans les travaux de la régie, et la remise de son cautionnement.

Le conseil général a été d'avis qu'il pouvait être fait droit à ses demandes sur ces différents chefs par voie de transaction, et sous la condition qu'il renoncerait à d'autres réclamations. (Séances 1<sup>er</sup> et 5 août 1850.)

9° *Réclamations tendant à être affranchi d'une responsabilité dont le réclamant soutenait qu'il n'était pas passible* (art. 13, 14 et 16 des Cl. et C. gén.). — 1° Sur le chemin de fer du Centre, le sieur Paucelier avait pris, au mois de septembre 1841, l'engagement d'exécuter en six mois de temps les travaux de la première section. Il savait à la vérité qu'il aurait à passer sur un viaduc alors en construction. Mais, avant l'achèvement de la partie supérieure de ce travail, il en a éprouvé des retards considérables; et il soutenait que, comme ils n'étaient pas de son fait, il ne pouvait pas en subir les conséquences domma-

geables. 2° Le même entrepreneur demandait un supplément de prix à raison de ce que les bois avaient un équarrissage plus fort que celui porté au devis. Mais la manière dont il avait été pressé, le peu de temps qui lui avait été donné pour se procurer les bois de pilotage et de grillage, ne lui avait pas permis de les choisir et de les prendre d'une moindre dimension. C'était encore là, suivant lui, un fait de l'administration dont les conséquences devaient rester à sa charge. 3° Le sieur Desroches, l'un des entrepreneurs du chemin de fer de Tours, reconnaissait qu'il était chargé d'entretenir les voies de fer en bon état pendant toute la durée du travail. Mais au sujet d'éboulements survenus dans une partie de ce même chemin de fer, exécutée deux années avant son adjudication par un autre entrepreneur, il soutenait que la responsabilité n'en devait plus peser sur lui; il demandait dès lors qu'il lui fût tenu compte des réparations extraordinaires que ces éboulements avaient occasionnées dans cette partie de la voie ferrée en dehors de son entreprise.

La section des chemins de fer a donné des avis favorables sur ces diverses demandes. (Séances des 5 octobre 1848 et 22 mars 1849.)

10° Enfin dans le dernier article de la note dont il s'agit encore, on proposait au conseil général d'admettre comme point de doctrine de l'administration que tous les cas du contentieux du marché des entrepreneurs devaient résulter nécessairement d'une infraction à quelque une des dispositions du cahier des charges et générales.

Le conseil général ne s'est pas laissé prendre aux apparences de rigueur mathématique de cette formule en dix articles. Il a repoussé ce système avec la perspicacité d'un jugement éclairé et sûr. En effet, dans la variété infinie des combinaisons qui naissent des intérêts de l'État, des entrepreneurs, des cautions de ceux-ci, de leurs créanciers, des adjudications ou des conventions passées de gré à gré, des traités de toute nature, les difficultés qui naîtront dans l'exécution des marchés peuvent avoir leur siège, non pas toujours nécessairement dans les articles du cahier des clauses et conditions générales, mais encore dans les stipulations particulières qui peuvent y être ajoutées; soit encore dans le droit commun, pour les cas non prévus par les uns et les autres. Elles peuvent naître aussi, par rapport aux tiers, des dispositions de lois spéciales, telles que celle du

4 mars 1793, relative à l'hypothèque du trésor sur les biens des cautions, ou celle de la loi du 16 frimaire an II, relative au privilège des ouvriers et fournisseurs sur les sommes dues par l'État aux entrepreneurs en cours d'exécution.

Les questions contentieuses naissent, en général, de toute infraction aux clauses, conditions et règles du marché, dont l'une des parties peut se croire fondée à se plaindre, selon le principe de droit que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre ceux qui les ont souscrites (C. Nap., 1134); il était digne de la prudence et de la justice du conseil général de se défier d'une classification restrictive qui pouvait apporter des entraves à l'examen des plus légitimes réclamations.

A plus forte raison doit-on reconnaître que la circulaire du 23 juillet 1851, en se bornant à signaler trois causes pour lesquelles les réclamations des entrepreneurs, en tant que fondées sur les prévisions du cahier des clauses et conditions générales, mériteraient seules l'attention du ministre, ne peut être considérée comme réglementaire et comme introduisant une nouvelle formule dans la jurisprudence de l'administration. Elle n'est même évidemment qu'indicative dans l'intention de ses auteurs, bien que restrictive en apparence dans ses termes.

En résumé, l'étude attentive d'un assez grand nombre d'avis du conseil général des ponts et chaussées et de ses différentes sections, nous a pénétré de respect pour le bon sens pratique, l'esprit d'équité et de ménagement, en un mot la parfaite intelligence des intérêts et des droits des particuliers, ainsi que de ceux de l'État ou du trésor, qui se font jour, au sein de ces assemblées, dans le cours de leurs savantes discussions.

Le conseil général n'y apporte pas la prétention de juger les affaires contentieuses avec la pratique et le raffinement de doctrine des jurisconsultes; il ne se place pas sans nécessité absolue au point de vue du droit strict et des fins de non-recevoir. Cependant les pertes considérables auxquelles sont exposés les entrepreneurs n'ont pas non plus une influence directe sur le résultat de ses avis; en un mot, s'il conseille souvent à l'administration de transiger sur un droit spécieux du côté de l'entrepreneur, il n'est cependant jamais entré dans le système des indemnités accordées par voie gracieuse.

C'est surtout par une loyale et sage appréciation des faits et circonstances, et dans le désir le plus sincère de respecter les

conventions qui ont été faites, qu'il prononce entre l'intérêt du trésor et l'intérêt privé. Aussi ne craignons-nous pas de dire que son arbitrage est des plus rassurants pour les entreprises et les compagnies exécutantes, ainsi que pour les propriétaires.

Lorsque de véritables questions de propriété, ou de poursuites et de formes judiciaires se présentent au conseil général, on le voit s'empresser de les déférer, avec une modestie exquise, aux jurisconsultes formant le conseil judiciaire du ministère des travaux publics.

Ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, le ministre des finances consulta, en 1848, son collègue le ministre des travaux publics, au sujet des voies d'exécution et de contrainte au moyen desquelles l'administration pouvait obtenir de la compagnie concessionnaire de la Sambre canalisée l'exécution de ses obligations ; il s'agissait de travaux de quelque importance mis à sa charge dans son bail, dont il ne restait plus que deux années à courir. Pour mettre le trésor à couvert et s'assurer de l'exécution des conventions, fallait-il saisir les revenus du canal, et procéder soit par voie de saisie-exécution, soit par voie de saisie-arrêt? Les receveurs du canal n'étaient-ils que les agents de la compagnie, représentaient-ils la compagnie elle-même, ou devaient-ils être considérés comme des tiers, étant responsables du montant des recettes qu'ils avaient effectuées? Quelle était donc, entre ces deux voies de procéder, la saisie-exécution et la saisie-arrêt, celle à suivre? Y avait-il lieu de mettre la compagnie en demeure d'exécuter ces travaux, sous la menace de faire prononcer sa déchéance avant l'expiration du bail, et de mettre ainsi l'administration en jouissance des revenus du canal? Le conseil général, consulté sur ces questions, trouvant qu'elles rentraient dans le domaine du droit civil, a proposé de les soumettre à l'examen du comité consultatif attaché au ministère.

De la prudence, de l'esprit de modération et de lumière qui domine les avis du conseil général cités plus haut, ainsi que bien d'autres que nous aurions pu rapporter, nous croyons pouvoir conclure légitimement que, bien que le conseil général, ainsi que toutes les assemblées consultatives que renferme notre système administratif, puis tous les services publics, soient établis principalement pour éclairer le gouvernement sur ses droits et sauvegarder l'intérêt du trésor, bien loin que l'esprit

de fiscalité y domine, on y rencontre un tel respect des droits privés, que leurs décisions ont généralement le caractère de l'arbitrage le plus équitable.

Dans la seconde partie de ce mémoire, nous présenterons le résumé de nos études sur les avis du conseil d'État en matière de travaux publics, ainsi que sur la jurisprudence de ses arrêts en matière contentieuse. On y verra que, sous le gouvernement impérial, des questions importantes ont été jugées dans un esprit plus conforme à l'intérêt des citoyens que par la jurisprudence antérieure.

COTELLE.

---

## ESSAI SUR LES LIBÉRALITÉS

EN FAVEUR DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS OU ECCLÉSIASTIQUES.

Par M. DE SALVERTE, auditeur au conseil d'État.

On rencontre çà et là, dans l'ensemble de nos lois, quelques rares dispositions au sujet de certaines réunions, corps ou sociétés que le Code personnel, pour ainsi dire, en leur attribuant une existence morale, collective, indépendante de celles des membres qui les composent; en un mot, *la vie civile*.

C'est du gouvernement seul, après l'entier accomplissement de formalités rigoureuses, que les personnes civiles reçoivent ce caractère; aussi ne peut-on s'étonner, — en les voyant mêlées aux questions les plus graves de l'ordre social et de la politique, — de voir créer pour elles certaines règles spéciales, exceptionnelles, à la fois plus flexibles et moins stables que celles de l'ordre judiciaire. Alors même que l'État consent à reconnaître leur existence, bien loin d'obtenir la jouissance et l'exercice des droits civils, elles n'en restent pas moins dans une minorité fictive et perpétuelle.

Sans doute le droit commun leur est applicable, comme aux mineurs, toutes les fois qu'il n'y a pas été expressément dérogé pour elles; mais le gouvernement ne se départit jamais de son droit de haute tutelle, exercé sans appel par voie d'autorisation gracieuse<sup>1</sup>, pour les rendre habiles à accepter des dons ou legs,

<sup>1</sup> Ce n'est qu'un acte de pure administration, qui, par suite, n'est pas

ou à ester en justice, ou enfin à aliéner leurs biens <sup>1</sup>.

Il y aurait, nous le croyons, une étude d'un véritable intérêt à tracer de cette sorte de tutelle administrative. Nous n'essayerons cependant aujourd'hui que d'examiner une de ses faces, et de la mettre en son vrai jour. Nous chercherons seulement, en écartant tous les détails de la procédure <sup>2</sup>, à connaître si la faculté de donner aux personnes morales est absolue; en quels cas et dans quelles limites elles peuvent être autorisées à recevoir.

#### CHAPITRE PREMIER.

Et d'abord, quelles sont ces personnes?

L'article 910 du Code Napoléon s'exprime ainsi : « Les dispositions entre-vifs ou par testament au profit des hospices, des » pauvres d'une commune ou d'établissements d'utilité publi- » que, n'auront d'effet qu'autant qu'elles seront autorisées par » une ordonnance royale (décret impérial). »

Avant tout, et suivant une règle fondamentale, il faut donc que l'existence de pareils établissements ait été formellement reconnue et consacrée par le gouvernement.

Ce point même sera pour nous l'objet d'une étude spéciale.

Nous pouvons cependant remarquer, dès à présent, que les *pauvres* seuls sont considérés comme formant une catégorie d'individus rendue habile à recevoir par son existence de fait, et que cette juste exception, qui a pris naissance au jour où il a été permis de donner à des *chrétiens*, s'est constamment maintenue depuis, sous la salutaire influence de la religion.

L'ancien droit romain réputait nuls les legs en faveur des associations, comme faits à des personnes incertaines <sup>3</sup>.

« Insensiblement on s'habitua à revêtir, par la pensée, les

susceptible d'être attaqué par voie contentieuse. (Arrêt du conseil d'État, 12 février 1823; M. de Cormenin, rapporteur.)

<sup>1</sup> Ainsi l'article 619 du Code Napoléon, concernant la limitation à trente ans de l'usufruit qui appartient aux personnes morales; les articles 910 et 937, les articles 1712 et 2045, sur les formes administratives requises pour la validité des baux et transactions qui les intéressent; les articles 2121 et 2153, relatifs à leur hypothèque légale sur les biens de l'administrateur comptable; l'article 1032 du Code de procédure.

<sup>2</sup> V. ordonn. de février 1731, édit de 1749, ordonn. des 2 avril 1817 et 14 janvier 1831.

<sup>3</sup> Merlin, *Rép.*, v<sup>o</sup> *Institution d'héritier*.

» collèges et les universités d'une existence individuelle. » Un sénatus-consulte du temps de Marc-Aurèle autorisa les dispositions au profit de toutes associations ou corporations régulièrement approuvées par l'autorité souveraine, et les rendit capables d'être instituées héritières <sup>1</sup>.

Les cités furent affranchies bientôt de la même prohibition, et purent accepter toute hérédité, même fidéicommissaire, en vertu du sénatus-consulte Apronien. On leur donnait, ainsi qu'aux municipales, les actions du sénatus-consulte Trébellien <sup>2</sup>.

« On peut léguer à une ville ou autre communauté, quelle qu'elle soit, dit la loi 117 (au Digeste, *De legatis*, 1<sup>o</sup>), et destiner ce don à quelque usage licite et honnête, comme pour des ouvrages publics, pour la nourriture des pauvres, ou pour d'autres œuvres de piété ou du bien public <sup>3</sup>. »

Seules, les associations des chrétiens avaient été exceptées, comme illicites, de ces mesures bienfaisantes. Il appartenait à Constantin d'acquérir, en étendant à eux ce privilège, de nouveaux droits à leur reconnaissance. Une de ses constitutions, portée en 321, permet expressément de léguer à la sainte Église catholique et à l'assemblée des fidèles <sup>4</sup>.

On en vint plus tard à léguer à une église, à tel ou tel saint, à Dieu même <sup>5</sup>.

Enfin Justinien, rejetant à jamais les subtilités de l'ancien droit, tira les pauvres eux-mêmes de la classe des personnes incertaines, et permit, encouragea, maintint de tous ses efforts les libéralités qui leur étaient faites <sup>6</sup>. Il paraît toujours préoccupé

<sup>1</sup> Dig., *De reb. dub.*, L. 20 : « Cum senatus temporibus D. Marci permiserit collegiis legari, nulla dubitatio est quin si corpori, cui licet coire, legatum sit debeatur : cui autem non licet, si legatur, non valebit. »

Dioclétien confirma cette doctrine : « Collegium, si nullo speciali privilegio subnixus sit, hæreditatem capere non posse, dubium non est, » dit la loi 8 du Code *De hæred. instit.*

Ajoutez les lois 1 et 12, *ibid.*, et la loi 1, § 15, Dig., *ad S. C. Trebell.*

<sup>2</sup> Ulpien, *Fr.*, tit. 22, § 4. — Dig., L. 26, *ad S. C. Trebell.*

<sup>3</sup> Ajoutez ce texte de Paul, L. 122, *ibid.* : « Civitatibus legari potest etiam quod ad honorem ornatumque civitatis permanet..... Hoc amplius, quod in alimenta infirmæ ætatis, puta senioribus vel pueris puellisque, relictum sit, ad honorem civitatis pertinere responderetur. »

<sup>4</sup> C. Théodosien, *De episc. eccles. et clericis*, L. 4. — Cod. *De sacrosanct. eccles.*, L. 1, 14, 22, 23.

<sup>5</sup> Nov. 131, cap. 9.

<sup>6</sup> « Id quod pauperibus..... relinquitur, non ut incertis personis relictum

de leurs intérêts ; il en parle, il y revient sans cesse. Voyez dans quels détails multipliés entre la loi 49 du Code *De episc. et cler.*, afin de donner plein et entier effet aux dispositions en leur faveur <sup>1</sup>.

L'ancien droit français accueille avec le même empressement les legs pieux et charitables : « Comme ils ont la double faveur, » et de leur motif pour de saints usages, et de leur utilité pour » le bien public, ils sont, disait Domat, considérés comme » privilégiés dans l'esprit de nos lois <sup>2</sup>. »

Nous trouvons au *Traité des fiefs* <sup>3</sup> un tableau bien complet qui montre quelles étaient, sous l'ancien régime, les personnes morales désignées sous le nom de gens de mainmorte. Il y en avait de trois sortes :

« 1° Les particuliers, gens de mainmorte, sçavoir : archeves- » ques, évêques, abbez, prieurs, curez, chapelains, obituaires » et autres, ou communautés ecclésiastiques, comme religieux, » religieuses, abbez, abbesses, prieurs et couvents, doyen- » prévôt, chanoines et chapitres, commanderies conventuelles, » et autres monastères et gens d'église <sup>4</sup>.

« 2° Les gouverneurs des hospitaux, Hôtels-Dieu, maladreries, » léproseries, aumosneries, commanderies, simples stipendies, » confréries, marguilliers de fabriques, luminiers et autres sem- » blables.

« 3° Les communautés séculières, composées de gens laïcs, » comme maires, échevins, jurats-capitoul, consuls et autres, » gouverneurs des villes, habitans des villages, bourgs, par- » roisses, possédans biens en commun, universitez, collèges, » principaux et boursiers, maîtres-jurez des métiers, commu- » nautés des marchands et autres semblables. »

evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat. » (Cod. *De episc. et cler.*, L. 24, et *passim*.)

<sup>1</sup> V. aussi nov. 131, cap. 11.

<sup>2</sup> Domat, *Lois civiles*, liv. IV, sect. 7. « En pays de droit écrit, continue-t-il, les legs pieux sont favorables et sont dus, quoique le testament soit imparfait, quand il n'y aurait que deux témoins. »

<sup>3</sup> *Traité des fiefs*, p. 102, n° 11. — Ferrière, *Observ. sur la cout. de Paris*.

<sup>4</sup> Glose II, 48, sur l'article 292 de la coutume de Paris (Le Camus). « Il ne suffit pas, pour rendre les communautés capables de recevoir des donations, qu'elles soient approuvées du pape et des autres supérieurs ecclésiastiques ; il faut aussi qu'elles soient approuvées du prince, par lettres, sans lesquelles elles sont incapables de participer aux effets civils. »



Aujourd'hui, le bénéfice de l'article 910 doit s'appliquer aux *établissements publics*, tels que communes, départements, hôpitaux et hospices, lycées, collèges, etc., etc.; aux *établissements d'utilité publique*, trop nombreux et trop variés pour être énumérés ici<sup>1</sup>; aux *pauvres* et aux *établissements de bienfaisance*; enfin aux *seuls établissements ecclésiastiques reconnus par la loi*, c'est-à-dire :

- Aux évêchés, séminaires et écoles secondaires;
- Aux chapitres;
- Aux fabriques des cathédrales, paroisses et chapelles;
- Aux cures et succursales;
- Aux congrégations de femmes régulièrement autorisées.

## CHAPITRE II.

Connaissant à présent les personnes morales auxquelles s'applique le bénéfice de l'article 910, nous pouvons rechercher si leur capacité de recevoir est absolue :

- 1° A l'égard des personnes;
- 2° A l'égard des choses.

I. *A l'égard des personnes.* — La permission illimitée donnée par Constantin, aux personnes de tout âge et de toute condition, de disposer souverainement de leurs biens en faveur des églises et communautés, devait donner lieu à quelques abus. Il fallut, dans leur intérêt même, empêcher de se dépouiller complètement les veuves, les orphelins, les diaconesses<sup>2</sup>.

A cette ardeur inconsidérée succéda peu à peu une sage mesure.

Dès l'an 400, la nouvelle de Marcien *De testamentis* abrogea ces défenses, et « dans le dernier état de la jurisprudence romaine, les gens de mainmorte, tant ecclésiastiques que laïcs, furent considérés comme capables d'être institués héritiers par tous ceux qui étaient habiles à tester<sup>3</sup>. »

Il en est de même aujourd'hui<sup>4</sup>, sauf une exception nécessi-

<sup>1</sup> Les établissements d'utilité publique sont ceux qui présentent un certain caractère d'utilité publique. Les établissements publics proprement dits, outre qu'ils sont d'utilité publique, participent à l'administration générale.

<sup>2</sup> Code Théodosien, *De episc.*, L. 21 et 28.

<sup>3</sup> Merlin, *Répert.*, v° *Institut. d'hérit.*, sect. 5, § 1.

<sup>4</sup> Les établissements ne peuvent donc rien recevoir des associations non reconnues ou prohibées. — V. l'avis du conseil d'État sur un rapport du mi-

tée au moyen âge par le grand nombre des clercs et des religieux<sup>1</sup>, justifiée alors par l'immense accroissement des biens de l'Église, et dont on voit encore un vestige dans la loi de 1825, qui défend aux membres des communautés de femmes de disposer, entre-vifs ou par testament, en faveur de leur congrégation, au delà du quart de leurs biens, à moins que le don ou legs n'excède pas 10,000 francs<sup>2</sup>.

II. *A l'égard des choses.* — Considérons deux objets principaux : la nature des biens que peuvent posséder les gens de mainmorte, et leur quotité.

Alors que la société chrétienne s'élevait péniblement, en luttant avec des chances diverses, les Princes qui la protégeaient n'auraient pu sans imprudence lui fermer une source abondante de richesses, et restreindre sa capacité d'acquérir.

La célèbre constitution de Constantin autorisait en sa faveur toutes dispositions même universelles, en se fondant surtout sur le respect dû aux actes de dernière volonté<sup>3</sup>. « Et comment » supporter, dit le Code, qu'un legs fait pour des œuvres sacrées » puisse subir une réduction, une diminution quelconques<sup>4</sup> ? »

« Si l'héritier, ajoute la nouvelle 131<sup>5</sup>, refuse d'acquitter les legs

nistre de l'intérieur, qui tendait à autoriser une commune du département des Apennins à accepter une rente offerte par une confrérie (28 août 1810).

*Le conseil d'État :* « Vu le décret du 28 messidor an XIII; considérant qu'aux termes de ce décret, les biens des confréries appartiennent aux fabriques; — que, conséquemment, les membres de ces confréries n'ont aucun droit de disposer des biens qui y étaient affectés; — est d'avis qu'il n'y a lieu d'autoriser ladite acceptation, et que les biens de la confrérie dite de l'Oratoire doivent être réunis à ceux de la fabrique de l'église de Varèse. »

<sup>1</sup> Ils étaient considérés comme morts civilement.

<sup>2</sup> L. du 24 mai 1825, art. 5, et Instruction du 17 juillet 1825.

<sup>3</sup> C. Théodos., *De episc. eccles. et clericis*, L. 4. « Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholico venerabilique concilio decedens, bonorum quod optaverit relinquere. Non sint cassa judicia. Nihil est quod magis hominibus debetur, quam ut supremæ voluntatis, postquam aliud jam velle non possunt, liber sit stilus, et licens quod iterum non redit arbitrium. »

<sup>4</sup> Cod. *De episc. et cler.*, L. 49. — « § 1. Si enim propter hoc a speciali hærede recessum est ut non falcidia ratio inducatur, quomodo ferendum est, quod in sacrum venerit, per falcidiam vel aliam occasionem minui? »

» § 7. Sin autem in personam certam venerabilem certam domum res-pexerit (testator), ei tantum modo hæreditatem vel legatum competere sancimus, nulla falcidia, nec in hæ parte intercedente. »

<sup>5</sup> Nov. 131, cap. 12. « Si autem heres quæ ad pias causas relicta sunt, non impleverit dicens relictam sibi substantiam non sufficere ad ista : præcipi-

» pieux en alléguant l'insuffisance de la part qui lui reviendrait,  
 » nous ordonnons que, toute application de la loi Falcidie ces-  
 » sant, cette part, telle qu'elle se comporte, soit employée par  
 » les soins de l'évêque aux usages pour lesquels elle a été  
 » léguée. »

Ainsi, et à plusieurs reprises, Justinien faisait exception, en pareil cas, aux règles fondamentales des successions, consacrées par le long respect des siècles. Ce n'était cependant, à vrai dire, que l'interprétation des volontés *tacites* du testateur, puisque le même souverain l'avait autorisé à défendre *expressément* à son héritier de retenir la quarte falcidienne <sup>1</sup>.

Ces lois impériales, qui ne s'appliquaient déjà plus aux Gaules, y furent alors imparfaitement connues. Mais qui peut douter qu'elles n'aient été accueillies et adoptées avec empressement par l'Église, demeurée seule debout au milieu du torrent des invasions <sup>2</sup>?

Immobile et ferme dans sa doctrine, tout en se prêtant aux circonstances et aux nécessités nouvelles, l'Église, pour s'assurer une influence incontestée sur les rois barbares, s'était transformée en gardienne et en dépositaire des lois de ce vieil empire romain, qu'elle-même avait tant contribué à détruire <sup>3</sup>.

Du sein de cette incroyable confusion où chaque territoire, chaque personne même pouvait être régie par une législation différente, elle s'élevait dans sa merveilleuse unité.

Il sembla dès lors qu'en interprétant l'ancien droit, elle le revêtit de son caractère sacré. L'activité, l'intelligence du clergé, ses rapports continuels avec les vaincus, le besoin qu'en avaient les vainqueurs, tout contribuait à lui donner le rôle de médiateur et de modérateur suprême. Tout se trouva concentré dans ses mains, et le don de la *terre*, le plus précieux chez les Francs, vint bientôt le récompenser largement de son apui intéressé.

Quels sont, en effet, les premiers mots de la loi des Bavaois, de celle des Alemans? « Si un homme libre veut donner son  
 » bien ou lui-même à l'Église, que personne ne s'y oppose, ni

*mus. omni falcidia vacante, quidquid invenitur in tali substantia proficere provisione sanctissimi locorum episcopi ad causas quibus relictum est. »*

<sup>1</sup> Nov. 1, cap. 1.

<sup>2</sup> Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. 4, et *passim*.

<sup>3</sup> « *Lex romana sub quâ ecclesia vivit,* » dit la loi des Ripuaires.

» roi, ni duc, ni toute autre personne. Que la propriété de ces  
» biens reste éternellement acquise à l'Église, et d'une manière  
» irrévocable <sup>1</sup>. »

Ces donations, dont Marculf <sup>2</sup> nous a conservé tant de formules, s'étaient tellement multipliées, que lorsque Charles Martel voulut fonder une nouvelle dynastie, il trouva presque tous les domaines aux mains des gens d'Église. Pressé par la nécessité, il les leur enleva pour les distribuer à ses leudes. D'ailleurs, et sans vouloir excuser en rien une pareille spoliation, il faut bien avouer que des dispositions si fréquentes n'avaient pas toujours été inspirées par un sentiment respectable, et par une piété suffisamment dégagée de tout intérêt humain <sup>3</sup>.

Le clergé protesta, réclama hautement; mais son union avec les chefs barbares était trop nécessaire pour que ce lien fût rompu. Charlemagne, qui fit tant pour l'Église, ne lui rendit même pas la capacité absolue de recevoir. Il voulut que l'héritier consentît à la donation, ou du moins qu'il y fût présent <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Lex Bajuvariorum*, tit. 1, cap. 1. « Si quis liber persona voluerit et dederit res suas ad Ecclesiam pro redemptione animæ suæ, licentiam habeat de portione suâ, postquam cum filiis suis partivit. Nullus eum prohibeat non rex, non dux, nec ulla persona habeat potestatem prohibendi ei. »

V. aussi la loi des Alemans, rédigée la même année (630), sous Dagobert.

*Lex Alamannorum*, tit. 1, cap. 1. « Si quis liber res suas vel semet ipsum ad Ecclesiam tradere voluerit, nullus habeat licentiam contradicere ei, non dux, non comes, nec ulla persona..... et proprietates de ipsis rebus ad ipsam Ecclesiam permaneat.

» Cap. 2. Et si aliqua persona aut ipse qui dedit, vel aliquis de heredibus ejus, postea ipsas res de ipsâ Ecclesiâ abstrahere voluerit, vel aliquis homo qualiscumque persona hoc præsumperit facere, et effectum quem inchoavit non obtineat..... et res illas ex integro reddat. »

<sup>2</sup> V. Baluze.

<sup>3</sup> « Tant que dura l'anarchie de l'invasion, la protection d'une église ou d'un monastère était presque la seule force dont les petits propriétaires pussent espérer quelque sécurité. On la recherchait par des donations. Les églises étaient des lieux d'asile; on les enrichissait pour les récompenser du refuge qu'on s'en promettait ou qu'on y avait trouvé. Les domaines de certaines églises étaient exempts de tout tribut ou redevance envers le roi... On donnait ses terres à ces églises en s'en réservant l'usufruit, afin de participer ainsi à leurs immunités, et ce fut là une des causes qui multiplièrent surtout ce dernier genre de donations. Enfin un assez grand nombre d'églises étaient exemptes, et exemptaient leurs vassaux, ou ceux qui cultivaient leurs biens, du service militaire. » (Guizot, *Essais sur l'histoire de France*, t. IV, chap. 1.)

<sup>4</sup> *Capitul. ap. Baluz.*, lib. IV, cap. 19..... « Et postquam hæc traditio ita

Mais les abus revinrent sous ses faibles successeurs, et dans le désordre général qui suivit, l'Église occupa plus d'une fois la majeure partie des terres du royaume.

« La puissance civile, disait M. Portalis, a toujours été en droit et en possession de régler la nature des biens que les ecclésiastiques peuvent posséder, parce que ce point intéresse essentiellement l'État. »

Et en effet, dès que la royauté française commença à sortir de l'anarchie féodale, ce fut un des premiers objets qui attirèrent ses regards.

Les églises et communautés ecclésiastiques avaient envahi une trop grande partie des héritages et autres immeubles. « On voulut les attaquer. Elles recoururent au pape Alexandre IV, qui défendit d'imposer aucune taille sur les ecclésiastiques et sur les églises, pour raison de leurs biens temporels, ni de les contraindre d'en quitter la possession.

« Saint Louis ayant eu connaissance de cette constitution, voulant signaler sa piété et faire connaître la considération qu'il avait pour l'Église, permit aux églises, aux couvents et aux personnes ecclésiastiques de faire des acquisitions; mais comme il vit que les gens de *mainmorte* ne pouvaient acquérir des biens sans causer un préjudice notable au domaine royal, et même aux seigneurs et aux particuliers, il leur accorda cette grâce à charge de lui payer une certaine finance pour le droit d'amortissement, et de payer l'indemnité aux seigneurs<sup>1</sup>. . . . »

Sa religion éclairée sut ainsi concilier l'avantage de l'État avec celui du clergé, et surtout avec le respect dû aux testaments. « Nulle chose n'est si grande, disait-il, que de accomplir la volonté au mort<sup>2</sup>. »

Ses successeurs imitèrent à l'envi son exemple, et le confirmèrent par des dispositions analogues. En parcourant les ordonnances des rois, on en rencontre à chaque instant sur ce sujet<sup>3</sup>.

*facta fuerit, heres illius nullam de prædictis rebus valeat facere repetitionem.* »

Ce capitulaire a été renouvelé par Louis le Débonnaire et par Charles le Chauve.

<sup>1</sup> Ferrière, *Observ. sur la coutume de Paris. Traité des fiefs*, t. I, p. 63.

<sup>2</sup> Ducange, *Notes sur les Établissements de saint Louis*.

<sup>3</sup> « Les personnes ecclésiastiques, chapistres, communautz, et autres gens

On a vu, par ce qui précède, que les communautés approuvées pouvaient librement recevoir toute somme de deniers, meubles et effets mobiliers. Elles étaient aussi capables de dispositions universelles, ainsi qu'il a été jugé par quelques arrêts (8 mai 1573 : legs à titre universel de meubles aux jésuites. — 2 mai 1654 : donation de tous biens aux religieuses de Bray. — 10 janvier 1665 : legs universel aux Pères de la doctrine chrétienne). Il en était de même des communautés séculières<sup>1</sup>. A quoi bon, dès lors, ces lettres d'amortissement si vivement recherchées, si nombreuses, qu'il fallut en établir de deux sortes : les unes particulières à chaque espèce, les autres générales pour toute une province ? C'est qu'avant cet amortissement, si ces établissements étaient capables d'*acquérir* des fiefs ou tous autres héritages, ils n'étaient pas en droit de les *retenir* toujours. Pothier explique fort bien comment « ils pouvoient être » obligés de vider leurs mains de ces héritages, soit par les » seigneurs de qui ils relevoient, soit par le procureur du roi.

» Le droit du procureur du roi d'obliger les communautés à » vider leurs mains des héritages par elles acquis, est fondé » sur l'intérêt public ; car les communautés ne meurent point » et n'aliènent presque jamais les héritages par elles acquis. Ils » sont donc hors du commerce, et par conséquent le commerce » en est d'autant diminué.

» Le droit qu'ont pareillement les seigneurs d'obliger les com- » munautés à vider leurs mains des héritages par elles acquis, » est fondé sur l'intérêt particulier de ces seigneurs, dont l'é- » molument consiste dans les profits auxquels donnent ouver-

» de main-morte, ne peuvent tenir et posséder en notre royaume, ny ac- » quérir sans notre consentement et permission aucunes possessions et biens » immeubles, si lesdicts biens ne leur ont esté par nous deuëment amor- » tis. » (Code de Henry III, p. 682, édition de 1622.)

V. les ordonnances de Philippe III, nov. 1275 ; Philippe le Bel, déc. 1291 ; Charles le Bel, 1326-1327 ; Charles V, nov. 1370, fév. 1372 ; François I<sup>er</sup>, octob. 1520 ; Henri II, janv. 1547 ; Charles IX, sept. 1571 ; Henri III, 1586.

Cette règle générale n'admettait d'exception que pour les dispositions de peu d'importance :

Ordonnance de Philippe VI, oct. 1344 : « Ordenons que tous dons et » legs faits à curez, et à gens d'églises, et à fabriques d'églises, de uingt » sols de rente et au-dessous, ne soit aucune finance prinse ou leuée d'eux... »

<sup>1</sup> *Observ. sur la cout. de Paris*, art. 292, glose II, 48. — V. aussi Ricard, *Traité des donat.*, partie I, 612, 613.

» ture les mutations qui arrivent, soit par la mort du propriétaire, soit par les aliénations <sup>1</sup>. »

Quelles que fussent les mesures prises pour arrêter l'envahissement toujours croissant des terres par l'Église et les communautés, l'expérience montrait leur insuffisance. L'édit de 1666, surtout celui de 1749, opérèrent une réforme radicale. Celui-ci annulait tous les dons faits aux gens de mainmorte depuis 1666, et acceptés sans lettres patentes préalables <sup>2</sup>. Mais ces lois ne statuaient que pour l'avenir, et furent trop tôt suivies par la révolution pour qu'on pût juger leurs effets.

Est-il besoin d'ajouter que les pauvres qui, grâce à l'Église, s'étaient insensiblement constitués un patrimoine à l'abri des déprédations des seigneurs féodaux ; — les pauvres, en faveur de qui toute disposition était permise, à condition que ceux des parents du testateur qui se trouveraient dans l'indigence seraient toujours préférés <sup>3</sup> ; — les pauvres, affranchis dès l'origine du droit d'amortissement <sup>4</sup>, — furent aussi relevés de la prohibition commune à tous gens de mainmorte d'acquérir et de posséder des immeubles ?

L'article 3 de l'édit de 1749 faisait en leur faveur une exception expresse, que les mêmes motifs portèrent à étendre plus tard aux asiles destinés au soulagement de la misère et de la souffrance <sup>5</sup>.

Le droit intermédiaire, — s'il peut s'appeler un droit, — autorisa l'Assemblée nationale à reviser les fondations pieuses faites antérieurement, et à les rapporter toutes, à l'exception de celles qu'elle jugerait à propos de conserver. (Loi du 12 juillet 1790, art. 25.)

<sup>1</sup> Pothier, II, *Traité des personnes*, t. VII, art. 1.

<sup>2</sup> Bien plus, il défendait à l'avenir tous *legs d'immeubles* consentis en leur faveur, même à la charge d'obtenir l'assentiment exprès du roi.

<sup>3</sup> Pothier, *Traité des donations testamentaires*, chap. 5.

<sup>4</sup> Ordonnance de Philippe le Long, octobre 1344 : « N'entendons que des acquets que les prieurs, maîtres, frères et gouverneurs des maisons et hospitaux, et des maladreries et léproseries de ce royaume, feront pour leurs susdites maisons et pour soubtenir les pauvres, soit prinse et leuée aucune finance. » (Code de Henry III, 1622, p. 682.)

<sup>5</sup> La déclaration du 28 juillet 1762 abrogea de la manière la plus explicite l'article 17 de l'édit de 1749, qui prohibait les dispositions de dernière volonté portant donation d'immeubles aux hôpitaux, fabriques et établissements de charité. Tel était, au moment de la révolution, l'état de la législation à cet égard.

On sait que, dans le nivellement terrible qui eut lieu, tous les biens de mainmorte furent mis à la disposition de la nation, et retenus ou aliénés par elle. Cette mesure était trop générale, trop absolue pour admettre aucune exception. Rien ne fut épargné, ni les hospices ni les pauvres.

Une saine politique dut bientôt permettre quelques donations des particuliers en leur faveur. « Il est à désirer, » disait Bigot de Préameneu dans son exposé des motifs sur l'article 910 du Code civil, « il est à désirer que l'esprit de bienfaisance qui » caractérise les Français répare les pertes que ces établis- » ments ont faites. Mais il faut que le gouvernement lés auto- » rise : ces dispositions sont sujettes à des règles dont il doit » maintenir l'exécution. Il doit connaître la nature et la quantité » des biens qu'il met ainsi hors du commerce; il doit même » empêcher qu'il n'y ait dans ces dispositions un excès con- » damnable <sup>1</sup>. »

Dès avant la promulgation du Code civil, qui ne mentionne point les établissements ecclésiastiques, les articles organiques de la loi du 18 germinal an X avaient permis de faire des donations à l'Église, mais seulement en rentes constituées sur l'État. Sauf les édifices destinés au logement des ministres du culte <sup>2</sup>, toute donation d'immeubles était interdite.

Malgré l'usage qui s'introduisit peu à peu de tolérer l'acceptation des donations immobilières faites aux établissements religieux, « l'exclusion expressément portée par une loi n'en » existait pas moins, et la faculté contraire n'était énoncée nulle » part avant l'ordonnance du 10 juin 1814 <sup>3</sup>. » Elle fut bientôt suivie des lois de 1817 et de 1825, en vertu desquelles tout établissement ecclésiastique reconnu par la loi peut recevoir toute espèce d'objets mobiliers ou immobiliers, susceptibles de propriété privée <sup>4</sup>.

On put craindre dès lors que l'avenir ne vît renaître, au détriment de l'État, des abus naguère si violemment détruits.

Une loi récente, conçue dans un esprit purement fiscal, a frappé d'une taxe annuelle de 62 centimes et demi par franc du

<sup>1</sup> Loqué, t. XI.

<sup>2</sup> Art. 73, 74.

<sup>3</sup> Lainé, Exposé des motifs (*Moniteur* du 19 novembre 1816).

<sup>4</sup> Lois des 2 janvier 1817 et 24 mai 1825. — A la vérité, les congrégations religieuses ne peuvent recevoir autrement qu'à titre particulier (art. 4).



principal de la contribution foncière — pour remplacer les droits de mutations auxquels les soustrait leur inaliénabilité ordinaire — « tous les biens immeubles appartenant aux départements, » communes, hospices, séminaires, consistoires et établissements de charité, bureaux de bienfaisance, sociétés anonymes et tous établissements publics légalement autorisés. » (Loi du 20 février 1849.)

Dès le 18 avril 1831, une autre loi avait abrogé la législation antérieure, qui ne soumettait qu'à un droit fixe de *un* ou de *dix* francs les actes d'acquisitions et de dispositions au profit des personnes civiles, et les avait assujettis aux droits proportionnels de transcription et d'enregistrement, qui sont actuellement perçus à raison de 6 pour 100 sur les meubles et de 9 pour 100 sur les immeubles.

### CHAPITRE III.

#### SECTION I.

##### Origine et nature de l'intervention du gouvernement.

Nous avons vu que les anciennes lois romaines défendaient absolument toute libéralité en faveur d'une personne morale ; que peu à peu leurs rigueurs s'étaient adoucies, à la condition toutefois que l'existence de cet être fictif eût été primitivement reconnue par l'autorité supérieure : mais là s'ouvrait pour lui le droit irrévocable et illimité d'acquérir et de posséder ; là s'arrêtait l'action du gouvernement. — La compilation de Justinien et les lois barbares, calquées sur le *droit écrit*, ne s'écartèrent pas de ces maximes.

Il ne suffit plus aujourd'hui, comme alors, qu'une association soit permise, pour qu'elle puisse agir valablement, de même qu'une personne ordinaire : outre l'autorisation première et générale, qui lui donne pour ainsi dire l'existence, la loi a voulu que le gouvernement intervînt comme tuteur dans chaque acte de sa vie civile.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 937 du Code Napoléon, « les donations faites au profit d'hospices, des pauvres d'une » commune ou d'établissements d'utilité publique, doivent être » acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir été dûment autorisés. »

Quelle a été l'origine de cette intervention ? a-t-elle pris nais-

sance à une époque fixe et déterminée, ou plutôt a-t-elle résulté de la force même des choses et de l'accroissement successif du pouvoir royal? Est-ce par les communes, comme l'ont prétendu certains auteurs, et à l'époque de leur affranchissement, qu'elle a commencé<sup>1</sup>? N'est-ce pas, au contraire, bien antérieurement que les églises et les monastères, si fréquemment dépouillés dans tous les temps de violence et d'anarchie, ont d'eux-mêmes invoqué un appui supérieur qui les protégeât tout en les dominant<sup>2</sup>?

Mais l'autorité qui devait assurer l'exécution de ces libéralités, n'aurait pas aveuglément prêté son concours si utile, souvent même si nécessaire; il fallut bien lui permettre d'examiner, quelquefois même de modifier ou de reviser l'acte de fondation.

Une fois ce droit obtenu, les rois cherchèrent à l'étendre d'une manière générale. C'était déjà un moyen de faire reconnaître et accepter leur pouvoir. Ce fut aussi pour eux la source d'un important revenu : je veux parler du droit d'amortissement.

Quels qu'aient été les causes ou les prétextes, assurément variables et rarement absolus, qui aient fait accepter ou rendu nécessaire cette intervention de la monarchie, il n'est pas douteux qu'au moins depuis le XV<sup>e</sup> siècle elle n'ait été pratiquée d'une manière constante.

1. Est-ce à dire que cette règle dût être inflexiblement appliquée à tous les cas? Certaines dérogations se justifient d'elles-mêmes. Ferrière et Domat enseignent « que les dispositions » faites au profit des *fabriques des églises paroissiales* étaient » valables par elles-mêmes, comme suffisamment approuvées par le tacite consentement du prince, confirmé par un » usage généralement observé, en conséquence des charges » d'icelles<sup>3</sup>. »

L'édit de 1749, — qui ne traitait certes pas les gens de main-

<sup>1</sup> M. Thibault-Lefebvre explique fort bien comment les communes affranchies, passant sous la protection et la mouvance immédiate des rois, ceux-ci exercèrent une sorte de patronage, en se mêlant de l'administration de leurs biens, et comment ils durent s'intéresser à en surveiller l'accroissement et à en garantir la conservation. (Thibault-Lefebvre, *Code des donations pieuses*, p. LV, LVI.)

<sup>2</sup> V. la *Revue critique de législation*, 1854, partie II, De la reconnaissance légale des communautés de femmes, par M. G. Bressolles.

<sup>3</sup> Ferrière, *Observ. sur la coutume de Paris*.

morte avec trop d'indulgence, — leur permettait d'acquérir et de recevoir, sans être obligés d'obtenir des lettres patentes, *les rentes constituées* sur le roi ou sur le clergé, diocèses, pays d'État, villes ou communautés <sup>1</sup>.

Le même édit faisait une exception expresse en faveur « des » fondations particulières qui ne tendroient à l'établissement » d'aucun nouveau corps, collège ou communauté, ou à l'érection d'un nouveau titre de bénéfice, et qui n'auroient pour » objet que la célébration des messes ou obits, la subsistance » d'étudiants ou de pauvres ecclésiastiques ou séculiers, des » mariages de pauvres filles, écoles de charité, soulagement » des prisonniers ou incendiés, ou autres œuvres pieuses de » même nature et également utiles au public. A l'égard des- » quelles fondations il ne sera point nécessaire d'obtenir des » lettres patentes, et il suffira de faire homologuer les actes ou » dispositions qui les contiendront en les parlements et conseils » supérieurs, chacun dans son ressort <sup>2</sup>. »

II. Mais ces exceptions n'existent plus aujourd'hui, et la nécessité de l'autorisation pèse indistinctement sur tout le monde. Cette autorisation est tellement indispensable, qu'aucune libéralité n'est exigible avant elle <sup>3</sup>. L'autorité administrative ne peut même envoyer un établissement public ou ecclésiastique en possession provisoire au préjudice des héritiers *ab intestat* <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Édit de 1749, art. 18.

<sup>2</sup> Édit de 1749, art. 3. — La Déclaration de 1762, art. 3, confirma ces exceptions, et les étendit encore « aux fondations des vicaires ou des seconds daires amovibles, des chapelains qui ne sont pas en titre de bénéfice, des » services et prières, des lits ou places dans les hôpitaux et autres établissements de charité bien et dûment autorisés, des bouillons ou tables des » pauvres de paroisses, des distributions à des pauvres, etc. »

<sup>3</sup> « La Cour....., vu l'article 910 du Code civil, les articles 1 et 2 du décret » du 12 août 1807, et l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 2 janvier 1817; — considérant » qu'un tel legs ne peut être exigé sans l'autorisation préalable du gouvernement, qui veille, dans l'intérêt des familles et de la société, à ce que ces » sortes de dispositions n'excèdent pas les bornes légitimes; — considérant » qu'en exécutant le testament, quoique le demandeur ne rapportât pas cette » autorisation, *qui est d'ordre public*, la Cour royale de Pau a formellement » violé les lois ci-dessus citées; Casse. » (Cass., 20 août 1811, 28 juin 1820, 2 février 1822, 24 avril 1827.)

<sup>4</sup> Arrêté des Consuls du 29 vendémiaire an XI. — V. dans l'*École des communes* de janvier 1855 l'intéressant travail de M. Aucoc, auditeur au Conseil d'État, sur le droit des établissements publics et ecclésiastiques aux fruits et intérêts de la chose léguée.

1° *L'abandon d'un droit* (d'un usufruit, par exemple), *la remise d'une dette*, etc., bien que dispensés des formes ordinaires des donations, sont néanmoins soumis à la nécessité de l'autorisation.

2° Toutefois, la règle de l'article 910 ne s'applique pas aux *dons manuels*, qui sont en général très-minimes, et proviennent le plus souvent de pieuses restitutions ou de quêtes religieuses. D'ailleurs, « cette espèce de libéralité est consommée par le » dessaisissement du donateur, et par l'appréhension que fait le » donataire de la chose donnée. » (Cass., 26 novembre 1833.) Il conviendrait cependant d'autoriser l'acceptation d'un don manuel *avant d'autoriser le placement des fonds* qui en proviennent, quand ce don est grevé d'une fondation annuelle. (Avis de la section de l'intérieur, 16 septembre 1851, fabrique de Saint-Jean-de-Luz.)—Telle est aussi la jurisprudence de la Cour impériale de Paris, qui regarde même comme valable, en ce cas, l'autorisation donnée après le décès du donateur.

3° Il ne faut pas confondre avec les libéralités nécessairement soumises à l'autorisation du gouvernement certaines dispositions testamentaires de peu d'importance, qui ne constituent pas une fondation *permanente et perpétuelle*, mais des services religieux *une fois payés*. On les considère comme de simples *charges d'hérédité* qui n'exigent pas même une acceptation directe de la part du curé ou de la fabrique<sup>1</sup>.

III. Qu'il nous soit permis d'insister ici sur deux principes qui dominent la matière.

Sous le Code civil, comme sous l'ancienne législation, les établissements dont il s'agit sont de droit incapables de recevoir<sup>2</sup> : telle est la règle générale. Ainsi un legs de cette nature

<sup>1</sup> Ainsi décidé par un Avis du 6 janvier 1847, à l'égard d'une disposition qui prescrivait d'employer le revenu d'un domaine pendant quatre ans, moitié en messes et moitié en aumônes. (Sic Cassat., 16 juillet 1834; Toulouse, 11 août 1834.)

Mais il en serait autrement d'une disposition par laquelle un testateur aurait ordonné la *vente de tous ses biens*, pour le produit en être employé en bonnes œuvres, et en messes à dire pour le repos de son âme. Une pareille disposition implique nécessairement l'idée d'un legs universel au profit d'une personne morale quelconque. (Cass., 26 novembre 1828.) — V. ci-dessus un extrait de cet arrêt.

<sup>2</sup> Aussi l'article 910 est-il placé dans le chapitre 2 du titre 2, « De la capacité de disposer ou de recevoir, » Grenier, *Des donations*, I, 70.

devient caduc, si, après le décès du testateur, le gouvernement refuse l'autorisation de l'accepter. Ainsi encore une pareille donation entre-vifs ne devient parfaite, qu'au moment où elle est acceptée avec l'autorisation du gouvernement <sup>1</sup>.

L'incapacité des établissements légataires ou donataires peut être levée, mais par le gouvernement seul, suivant des circonstances qu'il apprécie et qu'il juge. Cette règle ne peut souffrir d'exception, que lorsque le pouvoir suprême ne voit dans l'espèce ni danger politique, ni défaut de convenance ou de justice.

L'équité, la raison peuvent donc le déterminer soit à autoriser purement et simplement, soit à refuser l'autorisation, soit à ne l'accorder que sous la condition que la libéralité sera réduite aux limites par lui fixées.

Mais n'oublions pas que le gouvernement autorise, non *la libéralité*, mais *l'acceptation de la libéralité*.

On ne saurait trop répéter que cette autorisation ne juge et ne préjuge rien, soit sur la capacité de recevoir du légataire, soit sur la légalité de la disposition, dont la connaissance et l'appréciation sont essentiellement et exclusivement de la compétence des tribunaux <sup>2</sup>.

## SECTION II.

### Causes de cette intervention.

Ainsi, à la différence de cette autre tutelle qui ne s'occupe que d'un seul individu, la haute tutelle administrative embrasse à la fois, — même dans le cercle étroit où nous avons tâché de la resserrer, — bien des objets différents. Elle doit veiller en même temps aux intérêts généraux de l'État, à ceux de la société, du gouvernement, des familles, des établissements légataires et donataires, tout en ayant égard aux dernières volontés du testateur.

I. La bonne et sage administration de tous les biens de l'Empire importe à l'État. Or il n'est pas toujours possible aux directeurs des établissements publics ou ecclésiastiques de gérer

<sup>1</sup> Zachariæ, § 649.

<sup>2</sup> V. l'article 7 de l'ordonnance du 2 avril 1817. (Colmar, 31 juillet 1823. — Arrêt du Conseil d'État, 20 juin 1816).

Aussi n'est-elle pas susceptible d'être attaquée par la voie contentieuse. (Arrêts du Conseil d'État, 3 janv. 1813, 12 fév. 1833, 11 juin 1838.)

avec le même soin qu'un bon père de famille met à sa propriété privée<sup>1</sup>.

De plus, et malgré le revenu comparativement insuffisant qu'il tire de la taxe sur les biens de mainmorte, l'État a intérêt à prévenir une trop sensible diminution de ses ressources.

Cette pensée, qu'il ne fallait pas retirer les biens du commerce, avait beaucoup préoccupé l'ancienne législation. Les lois nouvelles ne permettent que trop le fractionnement et la division extrême des héritages. Si la grande propriété présente des dangers réels<sup>2</sup>, qu'il a fallu tant d'efforts pour diminuer, serait-il d'une bonne politique de la laisser se reconstituer aux mains des établissements publics ou ecclésiastiques?

Aussi l'autorisation ne doit-elle pas être accordée toutes les fois qu'elle serait sans avantage évident pour l'établissement donataire ou légataire<sup>3</sup>.

II. On voit qu'en tâchant d'arrêter ou de modérer l'accroissement des biens de mainmorte, on suivait de tout temps un but politique.

Se préoccupait-on de même de l'*intérêt des familles*? Beaucoup moins assurément. A part un capitulaire de Louis le Débonnaire, qui défendait de dépouiller ses enfants ou ses proches au profit des églises, et qui sans doute ne fut guère obéi<sup>4</sup>, on ne trouve rien de pareil dans notre ancienne législation.

Les pays de droit écrit, le Dauphiné par exemple<sup>5</sup>, et la plupart des coutumes n'admettaient pour ce motif aucune réduction : les uns parce qu'ils suivaient les lois de Justinien ; les autres, parce que là où les héritiers du sang sont les seuls

<sup>1</sup> M. de Watteville évalue à une somme de 500 millions, ne donnant que 2 pour 100 de revenu, l'ensemble des biens possédés par les hôpitaux et hospices de France.

<sup>2</sup> « Latifundia perdidere Italiam. » (Pline.)

<sup>3</sup> Avis du comité de l'intérieur, 10 septembre 1830.

<sup>4</sup> « Statutum est, ut nullus quilibet ecclesiasticus ab his personis res deinceps accipere præsumat quarum liberi aut propinqui, hæc inconsultâ oblatione, possint rerum propriarum exhæredari. Quod si aliquis deinceps hoc facere tentaverit, ut et acceptor synodali vel imperiali sententiâ districtè feriat et res ad exhæredatos redeant. » (*Code ecclésiastique*, par d'Arcambal, 1778. *Capit. Aquisgrane*, ann. 817, art. 7.)

<sup>5</sup> Merlin, v° *Institut. d'héritier*.

héritiers, il n'y a plus de quarte falcidienne. — Voyez cependant la coutume d'Auvergne <sup>1</sup>.

Ce ne fut que bien plus tard qu'on ouvrit les yeux, et qu'on vit le danger. Voltaire, Montesquieu surtout, attaquant sans relâche les gens de mainmorte, montrèrent quelles précautions il faut prendre, « à moins qu'on ne veuille qu'ils se rendent héritiers » de tous ceux qui n'ont point de parents, et de tous ceux qui « n'en veulent point avoir <sup>2</sup>. »

Le fameux édit de 1749, œuvre du chancelier d'Aguesseau, portait la même empreinte. Avec quelle précision et quelle force il signalait « les inconvénients de la multiplication des gens de » mainmorte, et de la facilité qu'ils trouvent à acquérir des » fonds naturellement destinés à la subsistance et à la conser- » vation des familles!

» Elles ont souvent le déplaisir de s'en voir privées, ajou- » tait-il, soit par la disposition que les hommes ont à former » des établissements nouveaux qui leur soient propres, et fassent » passer leur nom à la postérité avec le titre de fondateur, soit » par une trop grande affection pour des établissements déjà » autorisés, dont plusieurs testateurs préfèrent l'intérêt à celui » de leurs héritiers légitimes.....

» Le meilleur usage que nous puissions faire de notre auto- » rité dans une matière si importante est de concilier, autant » qu'il est possible, l'intérêt des familles avec la faveur des éta- » blissements véritablement utiles au public <sup>3</sup>. »

Ce noble et beau langage, ces grandes et équitables idées trouvèrent un écho même au delà de nos frontières, grâce à la pacifique conquête de toute l'Europe qu'avait faite au XVIII<sup>e</sup> siècle l'esprit français <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Coutumes d'Auvergne, chap. 1, art. 41 (Ferrière, *Observ. sur la coutume de Paris*, t. IV, p. 218) :

« Et ne peut aucun par testament, codicille ou autre disposition de dernière volonté, disposer de ses biens à causes pies, n'autrement au préjudice de l'héritier *ab intestat*, que d'un quart chargé de tous légats et de la » quarte partie des dettes, et quarte partie des funérailles. »

<sup>2</sup> Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXV, chap. 6.

<sup>3</sup> Édit de 1749, préambule.

<sup>4</sup> Un rapport du ministre de l'intérieur, adressé au Premier Consul peu après la réunion du Piémont à la France, en l'an X, constatait « qu'à défaut » de lois positives, il s'y était depuis longtemps établi une jurisprudence » d'après laquelle plusieurs arrêts, sur la provocation des héritiers, avaient

Marie-Thérèse imita notre exemple, qu'elle rendit commun à tout son vaste empire : « En accordant, disait-elle, notre protection au maintien des possessions des gens de mainmorte, l'intérêt et la voix commune de nos fidèles sujets nous invitent aussi à veiller à la conservation des familles <sup>1</sup>. »

Et cependant, les réformes proposées n'atteignaient pas encore le but obtenu aujourd'hui par l'article 910 du Code Napoléon.

« Le zèle et la piété ne doivent pas excéder les bornes légittimes, disait au Corps législatif le rapporteur, M. Jaubert <sup>2</sup>. L'intérêt de la société, celui des familles exigent cette limitation qui, au reste, sera encore plus sage que le fameux édit de 1749, où l'on ne trouvait des dispositions restrictives que sur les immeubles. »

III. Mais la loi ne s'est pas occupée, *avant tout*, de l'intérêt des familles. Si le Code civil permet de disposer librement et sans contrôle de toute la quotité disponible, — même en faveur d'un criminel condamné par les tribunaux, même pour récompenser l'immoralité, — sans paraître se soucier du sort des héritiers, pourquoi en serait-il touché en présence d'une libéralité conçue le plus souvent dans un but pieux ou charitable?

C'est que le gouvernement, il faut bien l'avouer, n'a pas toujours en vue l'intérêt unique des familles. Sans doute, il peut accorder ou refuser l'autorisation par un motif de haute justice, mais c'est surtout au nom de l'intérêt public qu'il doit agir.

Peu importe, au fond, que tels ou tels individus se prétendent lésés; ce ne serait pas un motif pour déroger à la règle reconnue par la loi, en vertu de laquelle tout homme peut disposer absolument de ses biens. L'essentiel, c'est d'empêcher un acte passionné ou même réfléchi de porter atteinte à l'ordre social.

Une circulaire du ministre de l'intérieur, en date du 19 février 1817, a démontré comment le gouvernement se trouvait véritablement intéressé en cette matière :

« La tutelle des pauvres lui appartient : le roi, père de tous ses sujets, l'est plus particulièrement de ceux qui sont réduits à l'indigence et auxquels l'État donne des secours. Le roi est

prononcé favorablement sur des réductions de legs et donations contraires aux droits de la nature. » (Legs Roasio. — Arch. du Cons. d'État.)

<sup>1</sup> Édit de Marie-Thérèse, 15 septembre 1753, et décret du 25 juin 1754, cités par Merlin, *Rép.*, v° *Gens de mainmorte*, § 5.)

<sup>2</sup> Rapport de M. Jaubert (Loché, t. XI, xv, n° 18).



» leur tuteur naturel et légal; il a le droit et le devoir d'inter-  
 » venir toutes les fois qu'il s'agit de leurs intérêts : le droit,  
 » parce que l'administration souveraine lui appartient et qu'au-  
 » cune partie ne doit être soustraite à sa vigilance et à sa solli-  
 » citude; le devoir, parce que la quotité et l'emploi des fonds au  
 » soulagement des indigents ne peuvent être indifférents au gou-  
 » vernement. »

Tel est le principe fort ancien dans nos lois, principe que nous avons vu se développer et se fortifier sans cesse, bien qu'il ne faille pas non plus l'appliquer d'une manière exclusive.

La protection des familles, presque toujours invoquée comme la cause de l'intervention, n'a servi plus d'une fois qu'à la colorer et à la faire accepter. « Si la considération dominante qui a dicté la disposition de l'article 910 est l'intérêt public, » cette attribution du gouvernement, par le fait seul qu'elle appartient au gouvernement, ne vient pas du droit civil. L'intérêt privé, la justice distributive, ne peuvent donc servir de règle dans l'exercice d'une faculté dont l'origine est ailleurs <sup>1</sup>. »

Le disposant peut mettre à sa libéralité telles conditions qu'il juge convenables, pourvu qu'elles ne blessent pas l'ordre public. On sait que les conditions d'une exécution impossible <sup>2</sup> ou contraires au droit commun et aux mœurs sont réputées non écrites <sup>3</sup>; que celles qui sont contraires à la nature de la donation, aux lois et règlements spéciaux sur la matière, ou faites sous des conditions potestatives de la part du donateur, annulent la disposition <sup>4</sup>.

Bien que toutes ces questions soient soumises à l'arbitrage des tribunaux, ce sont là des éléments d'instruction tellement inhérents à l'affaire par leur nature même qu'il n'est pas possible au Conseil d'État de les en distraire. On ne saurait d'ailleurs méconnaître l'utilité, la nécessité pratique de cette appréciation.

Citons rapidement et à titre d'exemples :

*Les substitutions* <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> V. dans MM. Durieu et Roche, *Rép. des Établ. de bienf.*, v° *Libéralités*, n° 6, le remarquable Rapport fait sur l'administration des établissements de bienfaisance, le 5 avril 1837, par M. de Gasparin, alors ministre de l'intérieur.

<sup>2</sup> Avis du comité de l'intérieur, 15 février 1850 (église de Roost-Warendin).

<sup>3</sup> C. Nap., art. 900.

<sup>4</sup> C. Nap., art. 944, 945.

<sup>5</sup> C. Nap., art. 896. — Décret du 31 octobre 1810. — Avis du Conseil d'État, 29 mars 1822.

*Les donations faites aux établissements ecclésiastiques avec réserve d'usufruit en faveur du donateur.* Malgré ces réserves, le Conseil d'État autorise rarement une pareille disposition, même au profit d'un établissement laïque<sup>1</sup>.

*Les donations anonymes*<sup>2</sup>. (Voyez cependant divers décrets insérés sous les n<sup>os</sup> 5202, 5230, 5431, 5469, au *Bulletin des lois*, de 1810, celui du 30 janvier 1828, *Bull.*, n<sup>o</sup> 8223, etc.)

*Les dispositions universelles en faveur des communautés religieuses*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ordonn. du 14 janv. 1831, art. 4.

<sup>2</sup> Parce que le gouvernement serait dans l'impossibilité de vérifier si la libéralité dépasse la mesure convenable, ou même la quotité rigoureusement disponible.

Il ne faut pas confondre avec la donation anonyme l'offre faite par un inconnu de dénoncer, au profit des hospices ou des établissements de bienfaisance, des biens de toute nature « celés à la régie des domaines ou provenant de corporations supprimées. »

Ces offres furent tellement encouragées sous l'Empire, qu'on ne trouve pas moins de quatre-vingt-deux décrets autorisant leur acceptation dans le premier semestre de 1810. L'exemple suivant montrera quelle était parfois leur importance : Un décret du 6 février 1810 autorisa « l'acceptation de l'offre faite par le sieur Laraton, au nom de personnes qui ne veulent pas être connues, de révéler des immeubles d'une valeur de 600,000 francs au moins, au profit des établissements de bienfaisance et de l'instruction publique à Paris. » (*Bulletin des lois*, n<sup>o</sup> 5209.)

<sup>3</sup> Loi du 24 mai 1825, art. 4. — Mais comment décider si un legs est fait ou non à titre particulier ? Cette question est du ressort des tribunaux, auxquels l'administration renvoie toutes les fois qu'elle est en présence de difficultés très-sérieuses : hormis ces cas exceptionnels, le Conseil d'État peut être appelé à prononcer incidemment, sauf recours aux tribunaux. C'est ainsi qu'un Avis du 7 août 1855 a décidé que le legs fait par une religieuse à sa communauté, de tout ce dont la loi lui permettait de disposer, ne pouvait être considéré comme valable. C'est ainsi qu'un Avis du Conseil d'État, du 16 juin 1841, et qu'un décret du 7 août 1855, ont considéré comme legs particuliers celui de tous les meubles et immeubles trouvés dans la chambre de la testatrice, ainsi que celui de tous ses meubles meublants :

« Vu les articles 534, 535 et 1010 du Code civil ; — Vu l'article 4 de la loi du 24 mai 1825 ;

» Considérant qu'aux termes des articles susvisés, un legs de tous les meubles meublants ne peut être considéré comme un legs à titre universel, mais qu'il constitue un legs à titre particulier ;

» Que dès lors le legs précité de tous les meubles meublants de la demoiselle Selles à la communauté des sœurs de la Providence n'est pas contraire à l'article 4 de la loi de 1825, qui autorise les donations et legs à titre particulier seulement, et qu'il convient d'autoriser l'acceptation de cette disposition testamentaire de ladite demoiselle Selles. »

*Les legs faits à une association défendue* <sup>1</sup>.

*La condition de servir une rente à un taux trop élevé* <sup>2</sup>.

*Les legs faits aux personnes incertaines.* Lorsqu'un testateur a ordonné à son exécuteur testamentaire de mettre une certaine somme à la disposition d'un ecclésiastique, pour qu'il en fasse l'emploi selon des intentions *pieuses* et *secrètes*, les tribunaux annulent ce legs pieux comme n'étant pas fait au profit d'un légataire certain <sup>3</sup>.

Les legs faits aux pauvres, sans autre désignation, sont réputés valables et doivent être acceptés par les pauvres du domicile du testateur <sup>4</sup>.

*La condition d'être enterré dans une église* <sup>5</sup> ou même dans un

<sup>1</sup> La corporation des jésuites, bannie par un édit de 1764, est inhabile à profiter d'un legs. (Cass., 8 août 1820 et 29 mars 1826.)

<sup>2</sup> Décret du 17 juillet 1808, qui autorise l'acceptation d'une rente léguée aux pauvres de Seurre (Côte-d'Or), et payable à 6 pour 100 par l'usufruitier :

« Considérant que la condition imposée de servir ladite rente n'est qu'une charge de l'usufruitier d'un capital légué aux pauvres, et ne peut être regardée comme fixant l'intérêt à un taux prohibé par les lois..... »

<sup>3</sup> C. Nap., art. 911. — Aix, 5 juin 1809. — Au contraire, le legs fait pour être employé en *prières* et en *bonnes œuvres* est valable, même sans autorisation du gouvernement.

<sup>4</sup> Décret du 31 mai 1807 (pauvres de Porentruy). Il en était de même sous l'ancien droit.

<sup>5</sup> Décret du 23 prairial an XII, art. 1<sup>er</sup>. — Décret du 30 décembre 1809, art. 73. — Code pénal, art. 358. — Circulaire du ministre de l'intérieur, 14 décembre 1831. — Si parfois le gouvernement a toléré une exception à cette règle (V. les décrets autorisant l'inhumation à Notre-Dame du cardinal de Belloy, archevêque de Paris, et plus récemment du nonce Garibaldi : *Bulletin des lois*, 22 juin 1853), il a toujours formellement repoussé toute pareille concession qui tendrait à devenir *perpétuelle*.

Une rente de 300 francs avait été offerte par le prince Louis-Napoléon Bonaparte à la fabrique de Rueil, à la charge de céder une chapelle latérale de l'église et un caveau y attenant, destiné à recevoir les restes mortels de la reine Hortense et des autres membres de la famille qui viendraient à décéder par la suite, sauf l'approbation du gouvernement.

Le comité de législation : « considérant qu'aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 23 prairial an XII, aucune inhumation ne peut être faite dans les églises ;

» Qu'une dérogation à ce principe ne peut avoir lieu, par application de l'article 73 du décret de 1809, que dans des circonstances spéciales qu'il appartient au gouvernement d'apprécier au moment où elles viennent à se produire ;

» Qu'on ne peut donc autoriser une fabrique à céder à une famille une

tombeau voisin, avec lequel elle serait mise en communication <sup>1</sup>.

*La condition que les services religieux seront célébrés exclusivement par tel ou tel prêtre, et non par celui qui sera désigné par l'évêque* <sup>2</sup>.

*L'interdiction de jamais vendre, aliéner ou engager les biens donnés* <sup>3</sup>.

*La condition de laisser le donateur élever à ses frais, dans l'église, une tribune pour lui et sa famille* <sup>4</sup>.

*La condition d'établir un hospice privé, régi par des règles particulières, et dont les administrateurs seraient nommés par une seule famille et non par le gouvernement* <sup>5</sup>.

IV. C'est aussi un devoir pour le gouvernement d'accomplir,

» chapelle ou un caveau pour faire un lieu de sépulture commun à tous les  
» membres de cette famille.....; »

Émit l'avis qu'avant d'adopter le projet d'ordonnance, il y avait lieu de faire modifier les conventions dans le sens des observations précédentes. (Avis du 12 février 1841.)

Cette modification eut lieu. Un projet d'ordonnance, adopté le 16 juin 1841, autorisa l'acceptation de la rente par la fabrique, à la condition de concéder au prince Louis-Napoléon Bonaparte la jouissance de la chapelle de Buzenval, pour y construire un caveau destiné à recevoir le corps de la duchesse de Saint-Leu, et y élever un monument en son honneur.

<sup>1</sup> Avis du comité de l'intérieur, 11 juillet 1848 et 8 août 1855 : « Considérant que l'ouverture d'une porte de communication entre l'église et la chapelle servant de sépulture à la famille Bellenger, aurait pour résultat nécessaire de réunir cette chapelle à l'église, qui ne formerait plus qu'un seul corps avec elle. » (Donation à la fabrique de Louzouër, Ille-et-Vilaine.)

<sup>2</sup> Ce serait rétablir des bénéfices simples, contrairement à l'esprit de la loi du 18 germinal an X. (V. M. Vuillefroy, *Administrat. du culte catholique*.)

<sup>3</sup> C. Nap., art. 900. — Avis du comité de l'intérieur, des 7 juillet 1839 et 6 mai 1831.

<sup>4</sup> Avis du Conseil d'État, du 4 juin 1809, cité par M. Reverchon (*Projet de Code ecclésiastique*) :

« Considérant que les aliénations à perpétuité d'une portion d'église tendent à démembrer successivement une propriété dont la destination rend la jouissance en commun nécessaire; que le résultat de ces morcellements serait, à la longue, de priver une partie des fidèles d'une place dans l'église; que d'ailleurs le droit exclusif de jouir d'une tribune dans l'église se rattache à des idées de prééminence, et que la loi du 18 germinal an X, art. 47, a accordé aux seuls fonctionnaires civils ou militaires le droit d'avoir dans l'église une place distinguée. »

<sup>5</sup> Lois des 16 vendémiaire an V, 16 messidor an VII et 7 août 1851. — Avis du Conseil d'État, du 9 janvier 1834. (Donation aux sœurs de Saint-Joseph pour fonder un hospice à Lyon.)

autant qu'il est en lui, *les intentions du testateur*, toutes les fois qu'elles paraissent claires, expresses et réfléchies<sup>1</sup>, toutes les fois qu'elles ne sont pas le fruit d'un mouvement passionné, d'un caprice bizarre ou d'une vaine ostentation qui cherche à faire briller son nom après sa mort sans s'imposer de sacrifices personnels pendant la vie, ou enfin d'un tout autre principe qu'un sentiment de bienfaisance<sup>2</sup>.

V. L'autorité supérieure ne doit pas oublier non plus que la tutelle légale des *établissements* publics ou ecclésiastiques lui appartient; qu'elle doit administrer leurs affaires de telle sorte qu'ils puissent quelquefois gagner et ne jamais perdre; que si elle est dispensée de rendre compte de sa gestion, ce n'est pas un motif pour y apporter moins de soin et de vigilance. Elle doit donc éviter d'autoriser, sans mûre et sage réflexion, l'acceptation des libéralités « qui seraient à charge aux établissements mêmes, à raison des conditions apposées par les donateurs à leurs bienfaits<sup>3</sup>. »

Sans parler des conditions *onéreuses*, certaines dispositions ont aussi leurs *dangers*: tels seraient, par exemple, les legs universels qui imposent l'obligation de concourir aux dettes.

« On ne peut non plus autoriser des établissements publics à » accepter, soit d'une manière spéciale et déterminée, soit d'une » manière générale et indéterminée, des legs dont l'existence » ne repose encore que sur des présomptions, et dont l'importance, les charges et les conditions ne sont pas encore connues et fixées<sup>4</sup>. »

<sup>1</sup> C. Nap., art. 901. — Décret portant répudiation d'un legs fait aux hospices de Nancy par le S<sup>r</sup> André Roquez, parce que le testateur était en état de démence, et que le testament semblait le résultat de la captation. — *Bulletin des lois*, n° 8003):

« Considérant qu'il résulte de renseignements positifs. . . . que le testateur » était, longtemps avant la date de son testament, dans un état réel de démence qui a toujours été croissant; qu'en 1806 il a été juridiquement interdit; que le testament est évidemment le résultat de la captation de deux » servantes, par lesquelles il était captivé et dépouillé;

» Considérant en outre qu'il laisse des frères et sœurs sans fortune, déshérités par son testament. »

<sup>2</sup> Grenier, *Des donations*, I, 70.

<sup>3</sup> Grenier, *ibid.* — Avis du comité de l'intérieur, 6 décembre 1850.

<sup>4</sup> Avis du Conseil d'État, 17 juin 1835; même décision en présence de clauses ambiguës qui pourraient engager les établissements dans un procès avec les héritiers. — Décret du 1<sup>er</sup> mai 1851. — V., d'un autre côté, le décret

Outre les garanties que prépare un examen aussi sérieux et aussi attentif, les formalités prescrites par les articles 910 et 937 du Code Napoléon ont aussi pour objet d'assurer l'exécution des dispositions faites au profit des établissements publics ou des pauvres, « dispositions dont la connaissance est alors » acquise au gouvernement par l'obligation de solliciter son » autorisation, et à l'administration par les formalités de l'ac- » ceptation.

» Dans tous les cas, d'ailleurs, l'intervention du gouvernement » ne peut qu'inspirer aux donateurs plus de sécurité pour l'ac- » complissement de leurs dispositions. » (Circulaire du ministre de l'intérieur, 19 février 1817.) GEORGES DE SALVERTE.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

## HISTOIRE DE LA LÉGISLATION INDUSTRIELLE.

### ADMINISTRATION DE HENRI IV.

Par M. WOLOWSKI, membre de l'Institut, professeur de législation industrielle au Conservatoire des arts et métiers.

#### I.

##### Ancienne législation sur le commerce des grains.

Quand l'école des physiocrates est venue réhabiliter le travail agricole, les partisans exclusifs de la production industrielle avaient personnifié dans *Colbert* le système manufacturier, armé de tout l'attirail des mesures prohibitives.

Les *physiocrates* voulurent s'étayer aussi d'un imposant souvenir ; ils opposèrent au ministre de Louis XIV le ministre de Henri IV, en le présentant comme le fondateur du *système agricole* et comme le précurseur des vérités dont ils poursuivaient le triomphe.

Il ne nous appartient point, en ce moment, de juger cette

du 16 mai 1810 autorisant l'hospice de Vivoin (Sarthe) à accepter le legs fait en sa faveur par le sieur François Lemoine, et consistant en ses droits pour le tiers dans la succession immobilière de Pierre Lemoine. (*Bulletin des lois* de 1810, n° 5548.)

grande figure de Colbert, dont les traits semblent avoir été singulièrement faussés, et par des admirateurs enthousiastes, et par des adversaires passionnés. Bornons-nous à dire qu'une étude attentive fait découvrir plus d'analogie qu'on ne le suppose entre les vues de Colbert et celles de Sully.

Quoi qu'il en soit, ces deux noms devinrent comme deux drapeaux, abritant des doctrines hostiles, et l'on négligea, de côté et d'autre, la scrupuleuse exactitude des faits historiques. L'esprit humain n'est que trop enclin aux spéculations systématiques qui substituent l'abstraction à la réalité, et qui, en incarnant une idée dans un homme, le présentent comme agissant tout d'une pièce et comme dominé par une seule pensée. Mais dans ces temps difficiles, le mérite de l'homme d'État consistait bien plus à empêcher les déprédations et à faire un *bon ménage* qu'à poursuivre l'application régulière d'un système exclusif.

Colbert ne fut point dépourvu de sollicitude pour l'agriculture, et les efforts tentés au profit de l'industrie manufacturière datent de l'administration de Sully.

Il ne faut non plus oublier qu'au-dessus de Colbert il y avait Louis XIV, comme au-dessus de Sully il y avait Henri IV.

Quesnay, en imprimant sous les yeux et dans le palais même de Louis XV, qui tira de sa main plusieurs épreuves, le célèbre *Tableau œconomique*, y joignit les *Maximes générales du gouvernement œconomique d'un royaume agricole*, sous le titre d'*Extrait des œconomies royales de M. de Sully*.

Forbonnais, qui publia peu de temps après ses *Principes et observations œconomiques*<sup>1</sup>, a consacré la plus grande partie de son travail aux observations sur le *Tableau œconomique*. Il en parle en ces termes<sup>2</sup> :

« Le *Tableau œconomique* est une espèce d'arbre généalogique, dans lequel on a entrepris d'exprimer la marche de la circulation et de la peindre aux yeux.

» Cette table célèbre parut pour la première fois, il y a cinq ou six ans, dans un petit cahier d'impression, de format in-4°, qui ne fut communiqué qu'à un petit nombre de personnes. A la suite d'une explication succincte qui ne contenait que l'analyse du système de richesse nationale déjà produit dans l'article

<sup>1</sup> 2 vol. in-12. — Amsterdam, 1767.

<sup>2</sup> T. I, p. 161.

*Grains*, de l'Encyclopédie, l'auteur donnait un développement de ce système par ses maximes générales....

« Ce développement était intitulé : *Extrait des économies royales de M. de Sully*, soit que l'auteur se crût rempli de son esprit, soit qu'il voulût accréditer son système de ce nom révééré. »

Quesnay plaçait donc sa doctrine sous l'égide d'un homme illustre; en attribuant au ministre de Henri IV ses propres idées, ne risquait-il pas d'arranger quelque peu un *Sully* à sa fantaisie, comme les partisans du régime prohibitif avaient forgé un Colbert à leur image?

Attristé par le faible produit auquel la gêne dans le commerce des grains et le défaut d'exportation avaient réduit la France, il rappela, dans son célèbre chapitre des *Grains*<sup>1</sup> (1756-1757), qu'en 1621 le pays se trouvait en état d'alimenter l'étranger : « Cette abondance, dit-il, était une heureuse suite du gouvernement économique de M. de Sully. Ce grand ministre ne désirait, pour procurer des revenus au roi et à la nation, et pour soutenir les forces de l'État, que des laboureurs, des vigneron et des bergers<sup>2</sup>. »

Dans d'autres passages, Quesnay ajoute :

« On ne peut trop admirer la supériorité des vues de M. de Sully : ce grand-ministre avait saisi les vrais principes du gouvernement économique du royaume, en établissant les richesses du roi, la puissance de l'État, le bonheur du peuple, sur les revenus des terres, c'est-à-dire sur l'agriculture et sur le commerce extérieur de ses productions; il disait que sans l'exportation des blés, les sujets seraient bientôt sans argent et le souverain sans revenu<sup>3</sup>.... »

» Les progrès du commerce et de l'agriculture marchent ensemble, et l'exportation n'enlève jamais qu'un superflu, qui n'existerait pas sans elle, et qui entretient toujours l'abondance et augmente les revenus du royaume. Cet accroissement de revenus augmente la population et la consommation, parce que les dépenses augmentent et procurent des grains qui attirent les hommes. Par ces progrès, un royaume peut parvenir en peu de temps à un haut degré de force et de prospérité. Ainsi, par des

<sup>1</sup> *Encyclopédie*.

<sup>2</sup> *Physiocrates* (édition Guillaumin), I, 264.

<sup>3</sup> *Id.*, 273.



moyens bien simples, un souverain peut faire dans ses propres États des conquêtes bien plus avantageuses que celles qu'il entreprendrait sur ses voisins. Les progrès sont rapides; sous Henri IV, le royaume épuisé, chargé de dettes, devint bientôt un pays d'abondance et de richesses <sup>1</sup>. »

Que le règne de Henri IV ait rapidement relevé la France d'une affreuse misère, nous ne sommes nullement disposé à le révoquer en doute. Mais quelque porté que nous soyons à partager les idées du philosophe de l'entresol de Versailles, nous croyons qu'il y a quelque exagération à présenter Sully comme le précurseur du *Tableau économique*, conception qui inspirait au marquis de Mirabeau, l'*Ami des hommes*, ces curieuses paroles :

« Trois grandes inventions ont fondé stablement les sociétés : la première, l'invention de l'écriture ; la deuxième ; celle de la monnaie ; la troisième enfin, qui est due à notre âge, est un dérivé des deux autres et les complète également, en perfectionnant leur objet : c'est la découverte du tableau économique.... »

» Un des plus utiles effets de cette admirable invention est de fixer l'argent à ses véritables propriétés. Comme idole des nations, il est devenu le principe de tous les crimes et de tous les maux, comme agent et le mobile de la circulation, il est l'âme de la société et l'auteur de tous les biens. Il est donc de la plus grande importance de le fixer à ce dernier emploi, qui est le seul qui lui convienne, et l'on peut dire que c'est là l'objet capital du *Tableau économique*. »

Nous ne saurions le cacher, Sully était singulièrement disposé à sacrifier à l'idole. Il n'avait guère de notion exacte sur la fonction véritable des métaux précieux <sup>2</sup>.

Mais nous dirons avec Forbonnais <sup>3</sup> que « sa mémoire n'a pas besoin d'exagérations pour se soutenir. Ce sage ministre a favorisé l'exportation des grains ; il a connu la maxime fondamentale de soutenir l'utilité du labourage, » et il rencontra dans Henri IV un prince voué à la même pensée.

Il ne s'agissait point à leurs yeux de reconnaître le *droit na-*

<sup>1</sup> *Physiocrates* (édition Guillaumin), I, 296, 297.

<sup>2</sup> Elle fut admirablement comprise par un économiste de la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, Boisguilbert, ainsi que le montre son livre curieux et trop peu connu, *le Détail de la France*.

<sup>3</sup> *Principes*, II, 8.

turel du cultivateur au libre commerce des blés. La monarchie n'entendait pas renoncer au pouvoir de régir toutes les branches de l'activité humaine. Mais quand le bon ordre rétabli dans le pays et la sécurité acquise aux paysans, eurent ranimé la culture, l'exportation des grains, qui avait été rigoureusement interdite, fut temporairement permise.

Voilà comment s'exprime à cet égard, dans son *Traité de la police*, l'exact Delamarre <sup>1</sup> :

« Le règne de Henri IV fut trop traversé de guerres étrangères et de troubles civils pour avoir eu le temps de s'appliquer beaucoup aux règlements du commerce; le mouvement continu des armées avait tellement épuisé la France, et si fort troublé l'agriculture, que, bien éloignée d'être en état d'envoyer de ses grains aux pays étrangers, elle en avait elle-même nécessité. Aussi ce prince, par un édit du 15 mars 1595, fut réduit à défendre toutes sortes de traites ou transports de blé hors le royaume.

» Il ne faut pas beaucoup de temps aux Français pour se remettre. La bonté de leur climat et leur inclination laborieuse les fait bientôt passer de la disette à l'abondance. La paix de Ver vins avec les étrangers et la totale cessation des troubles civils ayant rétabli la tranquillité dans l'État en 1598, il s'y trouva, trois ans après, une assez grande quantité de bleds pour en faire part à ses voisins. Cette heureuse disposition accommoda le prince et ses sujets; les finances avaient été beaucoup épuisées pendant les guerres, et les fortunes des particuliers fort affaiblies. Le roi pouvait tirer quelques ressources de ses *traites foraines*, et les particuliers y trouvaient leur rétablissement par le débit de leurs denrées. »

C'est alors que fut écrite la lettre de Sully à Henri IV, lettre aux principes de laquelle Quesnay faisait allusion <sup>2</sup> :

« Il s'est encor présenté ce matin une affaire où nous avons apporté le remède convenable tout aussi tost, c'est que le juge de Saumur a fait défenses de transporter les bleds hors de vostre royaume, et d'en vendre dans l'estendue de la juridiction. Si chaque officier en faisoit autant, vostre peuple seroit bientôt sans argent et par conséquent Vostre Majesté. Nous auons cassé

<sup>1</sup> L. V, tit. 13, ch. 4. *Des traites foraines*, p. 283.

<sup>2</sup> 27 avril 1607. — *OEconomies royales*, III, 99.

le jugement et donné adjournement personnel aux officiers qui l'ont donné. »

*Le juge de Saumur* avait compris dans une proscription commune le commerce intérieur et le commerce extérieur du blé à une époque d'abondance. L'intervention de Sully s'explique donc d'elle-même.

S'il est vrai de dire que l'agriculture fut plus florissante en France sous le règne de Henri IV que sous celui de Louis XV, il ne faut pas oublier que d'autres habitudes rapprochaient l'homme éclairé de la terre. *Le théâtre de l'agriculture d'Olivier de Serres* signale à la reconnaissance de la postérité un des plus actifs et plus utiles conseillers de Henri IV ; il montre combien les bons procédés du *ménage des champs* étaient familiers à cette époque.

Sully participa avec zèle à ce mouvement, auquel aida surtout le rétablissement des finances et du bon ordre. Doué d'une intelligente activité, plein de fermeté et de courage, il résistait au besoin au roi lui-même, et fit un *merveilleux ménage*. Grâce à ce vigilant et dévoué concours, l'administration de Henri IV marqua une ère de prospérité publique <sup>1</sup>.

Les contemporains de Sully le jugèrent avec peu de faveur, nous ne parlons pas seulement des courtisans, qui le détestaient, car il empêchait leurs déprédations et refrénait leur avidité <sup>2</sup>. Mais le peuple des campagnes ne l'aimait pas davantage. « Il était si haï, dit un écrivain du temps, que par plaisir on coupait les ormes qu'il avait fait mettre sur les grands chemins pour les orner. C'est un Rosny, disait-on, faisons-en un Biron. »

Rude et obstiné, on l'accusait d'être égoïste et intéressé ;

<sup>1</sup> Henri IV savait s'entourer d'hommes pleins de sagacité et d'expérience ; il écoutait leur avis et décidait. Il avait l'âme plus haute et la pensée plus hardie que Sully, dit M. Cheruel (*Histoire de l'administration monarchique en France*, I, 236), en partageant l'opinion que nous avons émise sur l'administration de Henri IV.

<sup>2</sup> Les *OEconomies royales* ont conservé les paroles que dans sa brusque franchise il adressa un jour à la marquise de Verneuil :

« Tout ce que vous dites, madame, seroit bien, si le roi prenoit l'argent dans sa bourse ; mais lever cela sur les marchands, artisans, laboureurs ou pasteurs, il n'y a aucune apparence. Ce sont eux qui nourrissent le roi et nous tous : ils ont bien assez d'un maître, sans avoir tant de cousins, de parents et de maîtresses à entretenir. »

mais Henri IV devina, sous ces dehors sévères, de précieuses qualités, le génie de l'ordre et de l'économie.

Sully eut le sentiment profond des besoins du pays et la ferme résolution de les satisfaire. Il partagea le sort des grands hommes, que Bacon appelle les serviteurs de la postérité.

Sa renommée n'a rien à souffrir de ce qu'il ne s'éleva pas assez au-dessus des préjugés de son époque pour proclamer en principe *le libre commerce des grains*. Quand les circonstances favorables le permirent, il le fit pratiquer, et les résultats acquis par l'expérience ont servi à révéler les avantages du système. Il en a été de même de toute chose; le précepte a suivi l'acte : les règles du goût et de l'art n'ont pas inspiré les chefs-d'œuvre, elles ont été tracées d'après l'étude des modèles!

Loin de gêner les importations, les anciens édits essayèrent de favoriser les marchands étrangers; le *monarque* prélevait un droit de *traite foraine* sur les objets transportés au dehors.

Les entraves mises à l'entrée des produits étrangers ne remontent guère au delà du XV<sup>e</sup> siècle, mais le sentiment aveugle de la conservation dicta de longue date des mesures restrictives en ce qui concerne la vente au dehors des *substances alimentaires*.

Loin de songer à prohiber l'entrée des blés étrangers, on empêchait la sortie des grains de France, afin de procurer le blé à prix réduit : *la vie à bon marché* tenait une place bien plus large dans tous les esprits, que le désir d'accroître le revenu du propriétaire, tenu de nourrir à bon compte le reste de la population.

*Le libre commerce des grains* a, jusqu'à la révolution, été synonyme de la *libre exportation*; en ce qui concerne l'*importation*, il est vrai de dire que la liberté est ancienne et la restriction moderne. Jadis ceux qui demandaient *le libre commerce des grains* ne s'occupaient pas de l'importation que personne ne prétendait empêcher, mais de l'*exportation* qui était interdite.

Le spirituel abbé *Galiani* résumait la pensée et la pratique des temps passés, en disant dans ses charmants *Dialogues sur le commerce des blés* : « Le pain de quelque endroit qu'il vienne doit être le bien-venu.... Le pain est mon ami, je l'aime avec passion. »

Le pain à bas prix, le devoir du propriétaire de procurer à bon marché le pain à l'ouvrier, tel était le principe que le *sys-*

*tème mercantile* trouva inscrit dans notre législation séculaire sur le commerce des grains ; il en exagéra les conséquences au grand détriment de la culture. Ceux qui s'intitulaient les disciples de Colbert sacrifiaient les malheureux paysans aux ouvriers des fabriques, en gênant ou en défendant la vente des produits du sol.

Les *économistes* prouvèrent qu'on allait directement contre le but quand on privait le cultivateur de la certitude de déverser sur les marchés étrangers le trop-plein, cause de l'abaissement des prix. Ils combattirent pour l'affranchissement du sol, que leurs adversaires écrasaient sous prétexte de bien public ; ils furent les défenseurs de l'agriculture contre les exactions du système mercantile.

Dans son ouvrage célèbre sur *la législation et le commerce des grains*, Necker attaqua la liberté de l'exportation comme un *abus* du droit de propriété :

« Le propriétaire ne voit, dit-il (chap. I), dans les blés que le fruit de ses soins et un produit de la terre qui lui appartient ; il veut en disposer comme de ses autres revenus.

» Le peuple sans réfléchir, mais éclairé par son instinct, commandé par ses besoins, envisage le blé comme un élément nécessaire à sa conservation, il est sur la terre, il veut y vivre ; il veut pouvoir atteindre à sa subsistance par son travail.... Le seigneur de la terre invoque les droits de la propriété, le peuple ceux de l'humanité. »

Les *économistes* ont rendu un service signalé en montrant qu'aucun antagonisme n'existait entre les droits de la *propriété* et les droits de l'*humanité* sous l'empire de la liberté des transactions, et en prouvant combien il était erroné de proclamer<sup>1</sup> que de toutes les libertés, la plus dangereuse était celle de vendre les grains à l'étranger.

Quand on parle maintenant de la *liberté du commerce des grains*, on attache à ces mots un sens tout différent de celui qu'avait consacré l'usage des temps passés. On désigne ainsi la *faculté d'importation* que personne ne déniait, alors qu'il s'agissait simplement de conquérir la *faculté d'exportation*.

Il est temps de restituer aux mots leur signification véri-

<sup>1</sup> Necker, ch. 28.

table ; autrement on risque fort de brouiller les idées en confondant les époques.

Le but est différent : les partisans actuels de la *restriction* veulent maintenir le blé à un prix plus élevé au moyen de la législation douanière ; ils veulent assurer au propriétaire une *rente* plus forte. Jadis, au contraire, la *restriction* était mise en œuvre afin d'arriver au *bon marché* : en fermant aux producteurs du blé le marché étranger, on voulait déprimer le prix des subsistances ; au lieu d'amplifier par des tarifs les droits de la propriété, on lui imposait d'onéreux devoirs.

De manière et d'autre, l'équilibre naturel de la production se trouve rompu au détriment de la richesse publique et de l'aisance des habitants.

Ces explications n'étaient pas inutiles pour faire saisir l'esprit de l'ancienne législation française sur le commerce des grains.

Ouvrons le *Traité de la police* de Delamarre et le recueil des *édits et ordonnances*, publié par Fontanon, nous verrons que le *commerce des grains* a de tout temps éveillé la sollicitude du pouvoir, au *point de vue de l'exportation*. Le principe fondamental, c'était l'interdiction de vendre les grains au dehors ; il fallait une permission spéciale pour les enlever, et ce n'est qu'aux époques d'abondance que l'on dérogeait temporairement à cette règle. Les limites qui séparaient les provinces en faisaient autant d'États morcelés, qui ne se communiquaient qu'avec peine leurs produits agricoles.

Les baillis et sénéchaux avaient autrefois, chacun dans son ressort, le pouvoir de défendre ou de permettre la sortie des blés. Ils en abusaient souvent et retenaient dans leurs provinces une surabondance de grains, pendant que les voisins étaient dans la disette. Les *permissions* étaient le prix de la faveur ou de la corruption.

Saint Louis, au retour de la Terre-Sainte, fit en 1214 un grand règlement, dans lequel l'article des *traites foraines* ne fut pas oublié. Les baillis et sénéchaux ne devaient plus empêcher la sortie des blés que d'après l'avis d'un *sage conseil*, ni révoquer ces empêchements que d'après le même avis, sans pouvoir en exempter personne, par grâce ni par faveur. Il n'y avait de *prohibition absolue* que vis-à-vis des Sarrasins, ennemis de la France et de tous les États chrétiens.

De nombreux édits prononcèrent plus tard une défense entière d'exportation.

Les *traites foraines* étaient, dès les temps de Charlemagne (capitulaire de 801), envisagées comme une des principales mines qui enrichissent l'État; mais dès que l'on croyait le pays menacé de la disette, le pouvoir royal intervenait pour interdire la vente du blé au dehors, en ravivant le principe qui armait l'autorité, du droit de prononcer sur tout ce qui touchait aux subsistances.

Afin de régulariser ce commerce, contre lequel la pauvreté des voies de communication élevait d'elle-même un périlleux obstacle, il fallait recourir à l'empire des édits.

François I<sup>er</sup> se réserva, pour la première fois, à lui seul et à ses successeurs le pouvoir d'accorder des permis de *traites foraines* (1525). Il fixa, en 1539, le droit de *traite foraine* à raison d'un écu sol le tonneau<sup>1</sup>. Mais en même temps il proclama (30 juin 1539) l'entière liberté du commerce des grains de province à province, en accordant la permission de vendre, mener et ramener les blés, vins et autres vivres, *de pays en autre dans le royaume de France* sans être en ce travaillé ni molesté. « Et pour que ce que nostre vouloir est que telle chose qui est tant utile, nécessaire et profitable à toute la chose publique de nostre royaume, soit entretenue et gardée par édict perpétuel et irrévocable, et en ce faisant donner ordre que par le transport et trafic desdites vivres, denrées et marchandises, les pays soient respectivement subvenus en leurs nécessitez, et en ce user de la mutuelle communication et amitié que nosdits subjects doivent avoir, sans occasion de contrariété ou répugnance, *en un même corps politique*, les pays et provinces duquel, comme membres vivants et regis soubz un chef, doivent subvenir et aider les uns aux autres. »

Le sentiment de l'unité se fait ainsi jour, grâce à l'initiative de l'administration monarchique!

Le règlement sur la police générale du royaume (1567, ch. 9) ajoute :

<sup>1</sup> L'écu sol était une pièce d'or à 23 karats, du poids 71 1/6 au marc; il valait alors 45 sols, et représenterait aujourd'hui plus de 11 francs; c'était à peu près l'équivalent du ducat de Hollande actuel.

La contenance du tonneau fut fixée à six setiers, mesure de Paris, pesant ensemble 1,300 livres, et formant l'équivalent de neuf hectolitres.

« Ledit seigneur (le roi), voulant retenir l'abondance des grains en son royaume et obvier à la cherté d'iceux, a inhibé et défendu à tous ses subjects de faire aucune traite de grains hors de ce royaume sans son congé, permission, et ce sous peine de punition corporelle, confiscation de grains et de 500 livres parisis d'amende, applicables pour un tiers au dénonciateur, sans avoir égard à aultres permissions que celles se feront par lettres patentes commandées par ledit seigneur, lesquelles il n'entend cy après octroyer, que préalablement il n'ait été dûment informé par rapports de gouverneurs, baillifs et sénéchaux des provinces, et affirmés des corps communs de ses meilleures villes, de la pénurie ou abondance de bleds qui seront en ce royaume;

« Que le commerce des grains et transport d'iceux de province à province seront libres à un chacun, sans qu'on puisse y donner aucun empeschement et sans qu'il soit besoin d'avoir congé... »

On ne s'attend guère à rencontrer dans un édit de 1557<sup>1</sup> un exposé dogmatique des avantages de la liberté commerciale.

Voici cependant le curieux et important préambule de cet édit de Henri II; on croirait entendre un économiste moderne :

« L'on a toujours veu et cogneu par commune expérience, que le principal moyen de faire les peuples et sujets des royaumes, pays et provinces, aisés, riches et opulents, a été et est la liberté du commerce et trafic qu'ils font avec les voisins et les étrangers auxquels ils vendent, troquent et échan- gent les denrées, marchandises et commodités qu'ils leurs portent des lieux et pays dont ils sont, pour y en apporter d'autres qui y défont, avec or, argent et autres choses utiles, nécessaires et profitables, dont s'ensuit par ce moyen, le pays et subjects tout ensemble, sont réciproquement accomodés de ce qui leur est nécessaire; autrement il faudroit que les biens et fruits, croissants es-dits royaumes, pays et provinces, avec les singularités et manufactures qui s'y font, fussent là même usés et consumés par les subjects et habitants d'iceux; auxquels par ce moyen la plupart de leursdits fruits, commodités et manufactures demeureroient comme inutiles, et en ce faisant le seigneur de la terre, frustré de son attente et espérance de pou-

<sup>1</sup> 14 février.



voir profiter de son bien, et les laboureurs et artisans de leur labeur et industrie. »

Après avoir posé les principes, l'édit rappelle la remontrance faite par les députés du tiers et commun Etat pour la continuation desdits commerce, trafic et négociation de marchandises, et continue en ces termes :

« Nous aurions considéré que Dieu par sa sainte grâce nous a mis en main un royaume, composé de diverses contrées et provinces, chacune desquelles en son endroit est autant que nulles autres de la chrestienté, fertile et abondante de diverses commoditez, et ce qui en défaut en l'une se trouve en l'autre, tellement que les manans et habitans d'icelles n'ont besoing pour leur vivre, et autres choses requises à l'usage commun d'aller chercher, n'emprunter l'aide et secours du voisin, ni de l'étranger. »

Ce raisonnement a de tout temps inspiré les partisans de l'école restrictive.

Henri II montre ainsi que les considérations sur lesquelles on s'appuie pour empêcher la libre communication entre les peuples ne lui étaient pas inconnues; la conclusion à laquelle il arrive en acquiert d'autant plus de force :

« Mais ayant aussi regard d'autre costé, qu'il est plus que raisonnable, *que chacun face son profit de ce qu'il a, soit de son revenu ou de ses labeurs, négociations ou industrie*, et qu'en ce faisant il accomode lui, son pays et autruy par bénéfice et liberté desdits commerces et trafics.... Nous avons par ces présentes donné et octroyé.... pleine et entière liberté à tous nos subjects marchands et autres particuliers, manans et habitans de notre royaume et pays de notre obéissance, pour par eux, leurs gens, facteurs, entremetteurs et associés, tirer et enlever d'iceux nos royaumes et pays, toutes sortes de denrées et marchandises, vins et autres commodités quelles qu'elles soient, *excepté seulement blez et autres grains, légumes, munitions et matériaux servant à l'artillerie* : pour lesdites denrées et marchandises, permises que dessus, mener et conduire, soit par mer ou par terre, ainsi que bon leur semblera, ès tels lieux, pays et endroits qu'ils adviseront et cognoistront en faire mieux leur profit et avantage, *tant en terre d'amis que d'ennemis*, pour illec les vendre, débiter, troquer et *eschanger* avec toutes autres telles denrées et marchandises qu'ils verront et cognoistront

être propres, utiles, commodes et nécessaires à nos subjects. Et lesquelles ils pourront en semblable faire amener et conduire par deçà seurement, sauvement et librement par mer, eau douce ou par terre, ainsi que bon leur semblera. Et à ceste fin, pourront eux aider et servir au besoing des navires et vaisseaux de nosdits ennemis, ensemble de leurs charrettes, charriots et chevaux, si tant qu'ils n'en puissent avoir des françois ou autres de nos amis alliez. »

L'édit ne se borne pas à ces dispositions libérales; en maintenant la perception des droits anciens, il abolit ceux de traite et imposition foraine, nouvellement établis, et défend à tous officiers royaux de rien exiger au delà, sous de fortes peines, *attendu qu'il est question de la liberté publique.*

Mais, nous l'avons vu, *les blés et autres grains et légumes* étaient mis sur la même ligne que les munitions de guerre. A leur égard, l'esprit restrictif continuait de dominer.

Cependant dix-neuf mois plus tard, le 28 septembre 1558, « considérant la grâce que Dieu par sa bonté a faite en cette présente année, nous donnant par toutes les provinces de notre royaume une si bonne et si abondante récolte et cueillette de tous blez, vin et autres fruits nécessaires à la vie de l'homme, tellement qu'il y en aura non-seulement à suffisance pour la provision de nos subjects, mais encore pour en aider et subvenir leurs voisins et estrangers, afin de tirer quelque profit et activité de la vente de leurs dits blez, vin et fruits. » Le roi *fait libre ouverture des traites*, permettant, *durant six mois*, de transporter ces blés et vins *en pays d'amis ou d'ennemis.*

La défense était maintenue en principe, elle ne pouvait être effacée que par voie d'édit général ou de permission particulière.

Un édit de François II (10 décembre 1559) ne tarda pas à rétablir l'ancien état des choses. Il défendit de transporter aucuns grains et vins hors le royaume, sans avoir lettres expresses de congé et permission des commissaires députés au fait des traites, au bureau établi à Paris, sous peine de confiscation.

Néanmoins, cette prohibition fut mitigée par la faculté accordée au bureau des traites, d'autoriser dans l'année 1560 la sortie de 5,000 tonneaux de blé et de 100,000 tonneaux de vin.

Tel fut le nouveau principe admis : chaque année le bureau des traites devait fixer la quantité des blés et vins qu'on serait libre d'exporter, selon la quantité qu'il se trouverait que les pro-

vinces du royaume pourraient porter sans incommoder le peuple.

On essaya d'empêcher les abus « grandement préjudiciables, dit le roi, non-seulement à *nos droits* et à nosdits peuples et subjects, lesquels quelquefois pour avoir été tiré trop grande quantité desdits blez, s'en sont trouvés, avant que de venir à la nouvelle récolte, en grande nécessité, et d'autres fois pour avoir voulu tenir trop serrées lesdites traites, leurs blez et vins leur sont demeurés sur les bras comme inutiles, sans en faire leur profit. »

Cependant on eut beau apporter du soin au choix des hommes chargés d'un pouvoir, périlleux et délicat à exercer, l'incertitude de l'avenir gênait la culture, et la fiscalité se substitua aux considérations d'intérêt général, trop difficiles à discerner.

Charles IX, dans la prévision d'une mauvaise récolte, révoqua, le 8 juin 1565, toutes permissions antérieures, et défendit d'en délivrer.

Un règlement sur les traites et transports des blés dedans et dehors le royaume, fut publié en juin 1571, avec des dispositions minutieuses, afin d'empêcher les blés de renchérir, et les habitants de tomber en nécessité. L'on y voit signaler comme une nouveauté, que l'on a été jusqu'à être contraint de faire venir des blés des pays étrangers, avec infinis frais et dépenses, « chose où nous voulons donner ordre de ne retomber s'il est possible, pour le trop grand intérêt et préjudice que cela apporte<sup>1</sup>. »

Dans ce document, le pouvoir absolu parle le langage qui lui est propre :

« Nous déclarons que la faculté, puissance et autorité d'octroyer permission et congés de traites et transports quelconques, hors notre royaume, est droit royal et domanial de nostre couronne, lequel nous n'entendons communiquer avec personne, et qu'autre que nous puisse accorder directement ou indirectement, sur peine aux contrevenants d'être déclarés criminels de lèze majesté. »

Les transports de blé de province à province continuent à être autorisés. Quant aux autres, le règlement essaye d'orga-

<sup>1</sup> Bodin écrivait en 1580 :

« La France, qui doit être le grenier de tout le Ponant, reçoit les navires pleins de méchant blé noir qu'on amène le plus souvent de la Baltique, ce qui est une grande honte à nous. »

niser une sorte de statistique annuelle de la récolte, afin de déterminer si l'exportation sera permise, par délégation expresse de l'autorité royale, et dans quelle mesure.

Une fois la quantité de la *traite* déterminée pour chaque province, elle devait être mise aux enchères, sur le taux établi à 3 livres 10 sols tournois par tonneau de froment, le tonneau étant de 2,000 livres pesant, à 16 onces la livre, ce qui faisait l'équivalent de 9 setiers, mesure de Paris<sup>1</sup>.

Le but fiscal de ces dispositions se déguisait mal sous la pompe des considérations d'ordre public.

Le même esprit règne dans une pièce émanée de Henri III (24 septembre 1574), qui contient inhibitions et défenses de transporter les blés ou autres grains hors du royaume, sans l'express congé du roi.

Le monarque se plaint de ce que, malgré de pauvres récoltes, de grandes traites de blé sont faites, « non-seulement en vertu de lettres patentes et permissions pour ce expédiées, mais aussi par fraudes, que tolèrent aucuns officiers participants aux profits qui se font auxdits transports. »

D'autres considérations ont dicté l'édit de 1595 (4 mars), rendu par Henri IV. Quoique Sully ne se soit pas fait faute de recourir aux mesures fiscales (les créations des maîtrises et l'établissement de la *Paulette* en fournissent la preuve mémorable), il s'agissait là d'une prohibition formelle et générale, et non pas d'une défense faite pour que l'on s'en rédimât à beaux deniers comptants.

Nous reproduisons ici ce document, qui marque la première phase de la législation des grains sous Henri IV:

« Combien que l'expérience nous enseigne que la liberté du trafic que les peuples et subjects des royaumes font avec leur voisins et estrangers, est un des principaux moyens de les rendre aisez, riches et opulents, et qu'en cette considération nous voulons empêcher que chacun fasse son profit de ce qu'il a, par le moyen et bénéfice du commerce.

» Néanmoins après avoir reconnu que Dieu, par sa sainte grâce, nous a mis en main un royaume composé de diverses contrées et provinces, chacune desquelles, en son endroit, est autant que nulle autre de la chrestienté fertile et abondante de

<sup>1</sup> Le setier. — 1 hect. 56.

diverses commoditez, et que ce qui deffaut en l'une se retrouve facilement en l'autre : tellement que les habitants d'iceluy n'ont besoin pour leurs vivres et autres choses requises à l'usage commun, d'aller emprunter le secours du voisin, lequel, de son côté, est tous les jours contrainct d'en venir chercher en nos terres ;

» Considérant aussi que si sous prétexte de la liberté du trafic nous permettions des traites et transports de blez et autres grains et légumes aux pays estrangers, comme nous avons fait par le passé, il seroit à craindre que pensant à ayder à austruy, nostre royaume n'en demeurât tellement dégarni que nos subjects, après avoir languï sous le faix de tant de sortes de misères et calamiteuses afflictions que les guerres civiles leur ont engendrées par une longue suite d'années, ne vinsent à tomber en une extrême disette et famine insupportable, de laquelle s'ensuivroit la mort piteuse et lamentable de plusieurs, et une désolation générale de tout cet État : à quoy, pour la décharge de nostre conscience et le soulagement de nostre pauvre peuple, nous voulons pourvoir et remedier autant qu'il nous sera possible.....

» Faist défense absolue de transporter aucuns blez et autres grains et légumes hors du pays, jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné.

» Et afin que s'il y en a quelques-uns d'entre nosdits subjects, lesquels pour n'être si vivement touchés de l'affection qu'ils doivent porter à leur patrie, qu'il seroit bien nécessaire, ne puissent être contenus en leur devoir et en l'observation de cette nostre défense, préférant leur intérêt particulier à la considération d'un bien général, soient pour le moins retenus par la crainte tant de la perte de leurs biens que d'une punition corporelle et chastiment exemplaire : nous avons dit et déclaré les grains qui seroient trouvés en voie d'estre transportés hors de nostre dit royaume, à nous acquis et confisqués, et les propriétaires et conducteurs d'iceux criminels de lèze majesté, pour estre punis et chastiez comme infracteurs de nos ordonnances, sans aucune esperance de pardon. »

Ces dispositions sévères témoignent des nécessités auxquelles le pays était réduit ; celles-ci sont dépeintes d'une manière énergique dans une lettre de Henri IV adressée le 1<sup>er</sup> octobre 1595,

— *A nos chers et bien amés les eschevins, manans et habitans de nostre ville de Rennes*<sup>1</sup>.

Cette lettre contient des idées remarquables sur la protection que réclame le commerce des grains et l'importation des blés étrangers.

« La longueur et violence de ces derniers remuemens de guerre a tellement miné et désolé toutes les provinces de nostre royaume en général, qu'en la pluspart des terres demeurées désertes et incultes, il ne s'y est recueilly en la présente année à beaucoup près de ce qui est nécessaire pour la nourriture du peuple; et ne peut-on éviter une très-grande disette et famine, si par une prévoyance des bonnes villes de nostre royaume, il n'y est soigneusement pourveu comme ils peuvent, donnant assurance aux marchands qui iront achepter des bleds ès-pays esloignés, tant du gain qu'ils peuvent faire sur la vente de leurs dicts bleds, que par la promesse qui sera faicte qu'il ne sera touché auxdicts bleds par nos officiers, qu'en leur payant raisonnablement et selon le prix qui leur a esté ordonné par la communauté de nosdictes villes; à quoy vous donnerés ordre promptement et nous ferés certain du debvoir que vous y aurés fait, sans y user d'aucune longueur ou remise. »

Il est facile de remarquer que l'édit de 1595 reproduit, presque en les copiant, les motifs rappelés dans celui de Henri II (1557) contre le libre commerce; si la conclusion est différente, cela tient à la spécialité des prescriptions arrêtées par Henri IV, qui ne concernaient que la traite des grains, laissée par l'édit de 1557 en dehors de la loi commune du commerce.

Mais en même temps qu'il imposait aux cultivateurs le devoir de réserver toutes leurs récoltes à la consommation intérieure, Henri IV essayait de les soulager de la taille et de leur donner la sécurité, en réprimant les vexations des gens de guerre.

Le pays, pacifié et enrichi par un labeur intelligent, ne tarda pas à retrouver l'abondance des temps passés : « Le peuple ensemençait et recueillait avec assurance, disent les écrivains contemporains, l'artisan s'enrichissait de sa profession, le plus petit marchand se réjouissait du profit de son trafic, et le noble lui-même faisait valoir ses revenus. »

Henri IV put, au milieu de ces circonstances nouvelles, re-

<sup>1</sup> *Recueil des lettres missives*, IV, 413.

noncer aux règlements prohibitifs, auxquels son esprit, supérieur à l'époque et se dégageant des préjugés vulgaires, ne se rattachait fortement que dans la question du *numéraire*. Il confondait, comme Sully, la richesse avec l'abondance des métaux précieux, et pour en multiplier la masse il faisait, à grand renfort d'ordonnances, de l'alchimie politique.

Le désir de se procurer de l'or contribua beaucoup à l'essor du commerce extérieur. Chaque peuple qui ne possédait pas de mines ne pouvait accroître ses réserves métalliques qu'en portant ses propres produits sur les marchés des dehors, afin de les échanger contre le signe suprême de la richesse. C'est ainsi que des erreurs ont quelquefois conduit à de grands résultats : la soif de l'or a poussé à la découverte de l'Amérique, elle a arraché les peuples à l'immobilité de l'isolement féodal, en les rapprochant par un désir réciproque d'échange et de commerce.

La pensée d'augmenter les réserves métalliques de la France devait porter Henri IV à rétablir l'exportation des grains, dès que les craintes de disette avaient disparu. Aussi, non-seulement les lettres patentes du 26 février 1601 permirent-elles les *traites foraines hors le royaume*, mais elles accordèrent aussi la décharge des impôts qui gênaient la circulation.

Ce document mérite d'être cité ; comme beaucoup d'édits dont le texte n'a guère été étudié jusqu'ici, il renferme des notions précieuses d'économie politique.

« Depuis deux ou trois ans que par la grâce et bonté divine nous avons redonné le repos à nos pauvres subjects, et qu'ils reçoivent quelques relâches de tant de pertes et ruines qu'ils ont souffert auparavant, ayant par leur travail et bonne diligence remis sus et en valeur les terres qui pendant ces derniers troubles étaient demeurées désertes et sans culture, Dieu bénissant leur labeur, a donné généralement en chacune des provinces de notre royaume des fruits et grains en grande quantité, desquels considérant l'abondance, et qu'il était impossible que ce qui était recueilli en iceluy y fut consommé ; pour en éviter la perte et donner moyen à nos subjects de s'en prévaloir en leurs nécessitez, nous aurions eu agréable cy-devant de relâcher les défenses de tout temps faites par nos prédécesseurs, de transporter lesdits grains hors de notre dit royaume ; et pour l'effet susdit, et *les besoins que nous avions aussi de retirer la commodité dudit transport*, nos affaires étant encor fort néces-

siteuses et incommodées, nous l'aurions permis et accordé en aucunes des provinces de notre royaume, moyennant quelque subside et impost : duquel nous pouvant à présent passer que nous sommes moins chargés de dépense, et d'autant plus désireux de l'aise et contentement de nosdits subjects, et qu'ils puissent plus utilement se servir et aider dudit transport, dont nous avons agréable que le seul profit leur demeure et que les Estats et pays voisins en soient aussi soulagés et secourus en leur nécessitez..... Nous avons à tous nosdits sujets indifféremment, ainsi qu'à tous étrangers permis..... qu'ils puissent *durant la présente année*..... transporter hors de nostre royaume, soit par mer ou par terre, quand et où bon leur semblera, toutes sortes de blés, librement et suerement, sans que pour le tirage et transport d'iceux..... ils soient tenus de payer aucuns autres droits que ceux qui de tout temps et ancienneté se sont et accoutumés d'être pris et levés sur lesdits blés, où il écherra et qu'il appartiendra, les ayant exemptés et déchargés de tous autres imposts et subsides. »

L'exportation put donc être reprise sur une échelle considérable, moyennant l'acquittement des droits anciens qui avaient été créés pour tenir lieu des droits d'*aides* ou de consommation, auxquels échappaient les blés envoyés au dehors.

L'autorisation était limitée : le principe du plein pouvoir du monarque, pour régler le mouvement commercial des approvisionnements, n'éprouvait aucune atteinte. Mais les avantages que le pays retira de ces facilités, qui coïncidaient avec les bienfaits d'un bon gouvernement et avec la reprise énergique des travaux, témoignent en faveur du régime libéral de l'exportation.

En ce sens, Quesnay avait raison de rappeler la mémoire et les actes de Sully, en ne les séparant point, dans l'expression de sa reconnaissance, de Henri IV. Nous savons en effet que la pensée supérieure du monarque donnait l'impulsion à toute l'administration.

On n'avait pas encore imaginé au temps du *Béarnais* que la richesse consistât principalement dans le travail manufacturier, et qu'il fallût déprimer la valeur des subsistances afin de pouvoir réduire les salaires, et de procurer ainsi à nos produits industriels un avantage factice sur les marchés du monde.

Les *physiocrates* pouvaient donc invoquer l'expérience du



règne de Henri IV à l'appui de leur doctrine; ils montrèrent comment, sous une autre direction, la France se releva de l'abîme, où les doctrines étroites et oppressives de la *balance du commerce*, et les mesures hostiles à l'agriculture prises par les prétendus imitateurs de Colbert, venaient de la précipiter de nouveau.

On aurait tort néanmoins de supposer que Sully, ou, pour parler plus exactement, que l'administration de Henri IV se dirigeât d'après un système exclusivement agricole.

Nous aurons l'occasion de faire voir que beaucoup des mesures de Colbert ont simplement restauré et développé des créations du temps de Henri IV. Qu'on le tienne à blâme ou à éloge, ce dernier fit des efforts aussi puissants pour naturaliser l'industrie en France que pour y ranimer la culture; seulement, quand il s'agissait de production agricole, le terrain était mieux préparé, et la semence pouvait y fructifier plus rapidement.

La libre sortie des céréales françaises, qui formaient comme un grenier d'abondance pour nos voisins, servit de levier à Henri IV pour dominer le mauvais vouloir de l'Espagne et des Flandres.

Les guerres de tarif allaient commencer.

Le roi d'Espagne et les archiducs des Flandres avaient imposé un droit de 30 pour 100 sur toutes les importations françaises; Henri IV répondit à cet acte hostile en frappant d'un pareil droit toutes les provenances d'Espagne et des Flandres. « Notre intention était, dit-il dans la déclaration de février 1604, non de surcharger nosdits subjects et les autres du redoublement de ladite imposition de 30 pour 100, mais *plustost induire nosdits frères par la considération commune du bien et soulagement de nosdits royaumes, pays et subjects, à les décharger ensemble du faix de l'un et de l'autre, et en ce faisant restituer ledit commerce aussi libre et florissant qu'il doit estre entre bons voisins,.... estant un des principaux fruits de la paix que Dieu nous a donnée*<sup>1</sup>. »

L'espoir du roi fut déçu; les représailles qu'il avait exercées n'amenèrent point l'Espagne et les Flandres à résipiscence. Alors il frappa un coup vigoureux. Comme il n'avait usé de la réciprocité de tarifs que pour en revenir au commerce libre, il

<sup>1</sup> Fontanon, 1027, 1028.

poussa les choses à l'extrême, et prononça la prohibition absolue de tout commerce avec l'Espagne et les Flandres, en défendant notamment d'y conduire aucuns grains, vins, bestiaux de toutes espèces, ni autres sortes de denrées en quelque manière que ce soit.

L'Estoile, collectionneur curieux des pamphlets de son temps, parle d'un petit écrit bien fait, mais sanglant et séditieux, qui courut Paris sous le titre de *Remontrances des étrangers sur la défense de commerce*.

La déclaration de février 1604 avait cependant frappé juste, puisque, dès le mois de novembre de la même année, il fut signé entre Sully et Sillery, de la part de la France, et don Balthasar de Cuniga, ambassadeur du roi d'Espagne, et le sénateur Alexandre Roudius, de la part du roi d'Espagne et des archiducs, un traité en vertu duquel les *placards* publiés pour l'imposition de 30 pour 100 et l'interdiction du commerce furent abolis et les choses remises en l'ancien état.

C'était là une grave affaire, ainsi qu'en témoignent la correspondance de Henri IV et les *OEconomies royales* : « L'impôt de 30 pour 100, écrivait-il au cardinal de Givry, le 1<sup>er</sup> mai 1604, prélevé par l'Espagne sur toutes les transactions du commerce français, est une exaction intolérable qui a obligé à interdire tout commerce avec les Espagnols <sup>1</sup>. »

Il surveilla rigoureusement l'application de cette défense, notamment en ce qui concernait l'exportation des grains et autres denrées, dont les Espagnols avaient le plus grand besoin.

Le pape lui-même intervint dans cette querelle, qui risquait de compromettre le repos de la chrétienté. Le 24 octobre 1604, le roi écrivait à M. de Beaumont, ambassadeur à Londres, que le traité pour le commerce avec l'Espagne avait été conclu en France par la médiation du cardinal Buffalo, nonce du pape <sup>2</sup>.

C'est ainsi que les questions relatives à la production, trop longtemps reléguées sur un plan inférieur, prennent à cette époque une importance de premier ordre. Cependant un court espace de temps sépare le règne de Henri IV de celui de François I<sup>er</sup>, et c'est auprès de ce monarque qu'un ambassadeur de Suède croyait devoir s'excuser de venir l'entretenir d'une chose aussi vile que le commerce!

<sup>1</sup> *Recueil des lettres missives de Henri IV*, t. VI.

<sup>2</sup> *OEconomies royales*, II, p. 223.

## II.

Édits de 1599 et de 1607 sur le dessèchement des marais.

Le grand travail auquel nous assistons aujourd'hui, l'appropriation de plus en plus complète des forces de la nature aux besoins de l'homme, ne date que depuis peu de siècles.

Les nations ont commencé par se disputer les richesses acquises, en les transformant en butin; elles ont exploré les contrées lointaines et les mondes nouveaux pour les dépouiller, avant que de comprendre que les *vraies mines et trésors du Pérou* étaient, sur leur propre territoire, à la portée d'un la-beur intelligent.

Le règne de Henri IV ouvre de nouveaux aspects pour la richesse des peuples. En même temps que l'État se constitue dans son organisation moderne, que la langue se forme, le travail agricole, industriel et commercial, prend un développement rapide; l'importance de la *production* est mieux appréciée.

Ce n'est pas qu'après avoir conquis la paix intérieure, le roi de Navarre, devenu roi de France, renonçât à ses vastes pensées; l'accroissement de la puissance de son pays lui apparaissait comme le meilleur élément de l'équilibre du monde. Mais il ne méconnut pas les sources véritables du bien-être et de la force; il n'oublia jamais que *labourage et pâturage sont les deux mamelles dont la France est alimentée*, et il chercha à développer sous toutes formes les éléments de la prospérité publique.

En réunissant à la couronne la Bresse et le Bugey (1601), Henri IV dit aux députés qui venaient lui faire hommage :

« Il étoit raisonnable que puisque vous parlez naturellement françois, vous fussiez sujets à un roy de France. Je veux bien que la langue espagnole demeure à l'Espagnol, l'allemande à l'Allemand, mais toute la françoise doit estre à moy. »

Cependant cette fière déclaration n'impliquait point un amour désordonné de conquêtes.

Après avoir disputé pendant neuf ans l'entière possession de ses États, Henri IV (nous citons les paroles de Sully)<sup>1</sup> « trouvant le peuple comme accablé de ruines, misères et nécessités..., son principal exercice fut un soin continuel qu'il apporta pour soulager son peuple, acquitter les debtes du royaume et restablir

<sup>1</sup> *OEconomies royales*, IV, 181.

un bon ordre en toutes sortes d'affaires. A quoy par son industrie, bon ménage et persévérance, il travailla tant heureusement, qu'à sa mort il avoit rendu son peuple content, opulent et à son aise. »

Sully rappelle à cette occasion <sup>1</sup> une des *maximes d'État et de guerre* qu'il avait présentées au roi :

« Quelques éclatans et apparemment spécieux desseins que forment tous potentats pour dépouiller autrui de ses possessions, voire quelque efficaces qu'en deviennent les poursuites, si se trouveront-ils toujours à la fin plustost suivis de blasphêmes que de louanges, de haine que d'amour, de malédictions que de bénédictions, et d'ennuis et de repentir, que de joies et de contentemens, si pour parvenir à de telles conquêtes ils ont été contraints de vendre et aliéner leurs propres revenus, dépeupler leurs provinces, anéantir en icelles le trafic et le labourage, laisser saccager et piller les sujets, et tellement surcharger les peuples de tributs, qu'ils soient réduits à misère, pauvreté et mendicité. »

On reconnaît dans ces paroles l'écho des plaintes du laboureur, qui, suivant l'expression de Pasquier, « traînoit avec sa charrue tout le malheur du temps <sup>2</sup>. »

Henri IV ne pouvait être insensible à ces misères ; il aimait son pauvre peuple comme ses chers enfants <sup>3</sup> ; il s'attacha donc avec un soin persévérant à lui donner la sécurité, sans laquelle il n'est possible de rien entreprendre pour l'avenir.

Il fallait avant tout remettre en honneur le travail, combat que l'homme engage avec la nature pour en disposer. Celle-ci a besoin d'être domptée ; elle n'est prodigue de biens que dans les idylles du XVIII<sup>e</sup> siècle ; un labeur obstiné, persévérant, peut seul la maîtriser.

<sup>1</sup> *OEconomies royales*, IV, 181.

<sup>2</sup> Lettre IV, à M. de Marillac, éd. 1723, t. II, p. 34.

<sup>3</sup> Voici la touchante lettre qu'il écrivait, le 17 mai 1603, à M. de Rosny :

« Mon amy, je me sens si mal qu'il y a toute apparence que le bon Dieu veut disposer de moy. Or estant obligé, après le soin de mon salut, de penser aux œuvres nécessaires pour assurer la succession à mes enfans, les faire régner heureusement à l'avantage de ma femme, de mon Estat, de mes bons serviteurs et de mes pauvres peuples que j'aime comme mes chers enfans, je désire conférer avec vous de toutes ces choses avant de rien résoudre. » (*Lettres missives*, VI, 87. — *OEcon. roy.*, II, ch. 5. — *Vie militaire et privée de Henri IV*, 476.)

Les grands travaux publics accomplis en France remontent au règne de Henri IV; dessèchements, canaux, voies de communication, mines, eaux et forêts, rien n'échappa à son génie. Il savait ramener ces efforts divers à un centre commun.

Ce qui dominait chez lui, c'était la sollicitude pour les intérêts agricoles. Sans doute, nous l'avons montré, la législation des grains de cette époque ne présente point cette netteté de vues que croyait y rencontrer Quesnay; mais d'autres actes d'une grande portée signalèrent glorieusement l'administration du monarque.

Il semble d'autant plus équitable de lui en reporter l'honneur, que Sully les mentionne à peine dans ses *OEconomies royales*, comme s'il n'en avait pas soupçonné toute l'importance.

En première ligne vient se placer l'édit du 8 avril 1599, sur le dessèchement des marais. Il mérite, et par l'élévation du langage et par la sûreté des aperçus, d'être étudié de près. C'est peut-être l'œuvre dans laquelle se révèle le mieux l'économie politique de Henri IV.

Le préambule est plein de grandeur <sup>1</sup>.

« La force et richesse des roys et princes souverains *consiste en l'opulence et nombre de leurs subjects*, et le plus grand et légitime gaing et revenu des peuples, mesmes des nostres, procède principalement du labour et culture de la terre, qui leur rend, selon qu'il plaît à Dieu, à usure le fruit de leur travail, en produisant grande quantité de bleds, vins, grains, légumes et pasturages, de quoi non-seulement ils vivent à leur aise, mais en peuvent entretenir le trafic et commerce avec nos voisins et pays loingtains, et tirer d'eux or, argent et tout ce qu'ils ont en plus d'abondance que nous, propres et communs à l'usage de l'homme.

» Ce que nous considérons, et que Dieu par sa sainte bonté nous a donné la paix dedans et dehors nostre royaume, nous avons estimé de donner moyen à nosdits subjects d'*augmenter ce trésor* : joint que sans ce labour, infinis pauvres gens, détruits par le malheur des guerres, dont la plupart sont contraincts mendier, peuvent travailler et gagner leur vie, et peu à peu se remettre et relever de misère. »

Arrêtons-nous un moment sur ces considérations, qui for-

<sup>1</sup> Fontanon, II, 398.

ment comme l'exposé des doctrines économiques de Henri IV.

« La force et la richesse des rois consistent dans *le nombre et dans l'opulence* des sujets. » En ne séparant point dans sa pensée le nombre et l'aisance des habitants, Henri IV proclame la véritable doctrine en matière de population. Vouloir isoler ces deux termes, c'est tomber dans l'erreur. Il ne suffit point que la population se multiplie, si c'est au prix des souffrances et de la dégradation des habitants : la misère est prolifique, sans engendrer ni force pour l'État, ni activité pour les individus.

Se contenter, d'un autre côté, d'une part plus considérable de bien-être acquise à chacun des membres qui composent une population stationnaire ou rétrograde, c'est réduire à une opération arithmétique trop simple le problème de la richesse des nations ; sans doute, si le nombre des participants n'augmente pas ou diminue en présence du développement de la production, la part de chacun peut facilement devenir plus considérable. Mais n'y aurait-il pas, dans un pareil effet de la civilisation, un détriment et un danger ?

Si les nations ne doivent pas abdiquer la prévoyance, ne suffit-il pas, pour la réveiller et pour empêcher un développement excessif de la population, de cultiver l'âme et d'élever l'intelligence ? Chez un peuple éclairé et moral, l'accroissement de la production précédera toujours l'augmentation du nombre des citoyens.

Que deviendraient les contrées plus riches et plus civilisées qui s'attacheraient à une doctrine trop étroite, en ne songeant qu'à mettre un temps d'arrêt à la multiplication des habitants ? Elles risqueraient d'offrir une conquête facile à des peuples plus jeunes, qui croîtraient en chiffre et en puissance.

L'esprit humain domine de plus en plus les éléments et les assouplit à ses besoins ; nous savons maintenant à quoi nous en tenir sur les pastorales des siècles passés ; nous savons que l'homme n'a de richesse qu'à condition de la conquérir. Les merveilleuses découvertes de la science l'ont armé d'instruments énergiques qui rendent plus abondants les produits du travail, et qui permettent d'atteindre un résultat de plus en plus important, avec une dépense de moins en moins considérable de forces et de capitaux.

Loin d'être un obstacle, cette activité, plus intense et plus

féconde, doit être un levier pour l'accroissement de la population. C'est ainsi que les nations les plus civilisées demeureront en même temps les plus fortes, et qu'elles pourront défendre les lumières et l'aisance qu'elles ont su se procurer.

Vauban partageait cette manière de voir quand il disait, inspiré de la même pensée que Henri IV :

« C'est par leur nombre (des sujets) que la grandeur des rois se mesure, et non par l'étendue des États. »

Après avoir marqué le but, qui est d'assurer le développement de la population, uni à l'extension du bien-être, Henri IV s'attache à montrer, dans la culture de la terre, l'industrie fondamentale de l'homme. Il ne sacrifiait pas à une idée exclusive ; il a suffisamment prouvé par des actes éclatants qu'il comprenait combien les peuples, ainsi que les individus, gagnent à exercer leurs diverses facultés ; mais il a bien jugé des ressources de la France en l'invitant à exploiter, nous ne saurions trop le redire, les vraies mines et trésors du Pérou, *le labourage et le pâturage*, ces deux mamelles qui alimentent l'État.

Les blés, les vins, les bestiaux *peuvent servir au commerce du dehors*, dit le préambule de l'édit de 1599. Ici revient l'idée dominante des temps anciens, la valeur suprême attachée à la possession des métaux précieux ; néanmoins le roi, qui espère tirer des pays lointains l'or et l'argent, ajoute : « et tout ce qu'ils ont en plus grande abondance que nous, *propres et communs à l'usage de l'homme.* »

Il ne s'agit donc pas simplement pour lui *d'une balance du commerce* soldée en numéraire, mais de l'échange de nos denrées contre d'autres produits dont la possession peut nous être désirable et utile.

A peine la paix de Vervins et l'édit de Nantes ont-ils assuré la tranquillité au dedans et au dehors du royaume, que Henri IV s'occupe de faire porter au rétablissement de la sécurité publique des fruits bienfaisants.

Après avoir signalé la source première et véritable de la richesse, il veut donner au pays le moyen *d'augmenter ce trésor* ; il espère venir ainsi en aide à une foule de malheureux que la misère des guerres civiles et des guerres étrangères avaient réduits à la plus terrible détresse.

Cette pensée se reproduit dans l'édit de janvier 1607, consa-

cré, comme celui de 1599, à régler la question du dessèchement des marais<sup>1</sup>.

« Entre tous les moyens licites que nous avons recherchés pour soulager et enrichir nos subjects, depuis notre avènement à cette couronne, ayant reconnu que *le revenu de la terre* étoit le plus utile et assuré, comme étant celle qui produit les fruits et les matières propres pour toutes sortes de nourritures, d'ouvrages et manufactures, qui sont au commerce des hommes, nous avons, etc. »

Il s'agissait avant tout d'accroître la richesse productive du sol.

« Et pour ce sachant bien qu'en plusieurs de nos provinces et pays, mesmes le long des mers de l'un et de l'autre côté, des grosses et petites rivières et autres endroits de nostre royaume, il y a grande quantité de palus et marais inondés, entrepris d'eau et presque inutiles et de peu de profit, qui tiennent beaucoup de pays comme désert et inhabité, et incommodent les habitans voisins, tant à cause de leurs mauvaises vapeurs et exhalations, que de ce qu'ils rendent les passages fort difficiles et dangereux : lesquels palus et marais étant desséchés, serviront partie en labour et partie en prairie et pâturages. Aussi en réparant les chaussées, vieux fossés et achemaux dechez, qui ont été autrefois navigables, et en faisant de nouveaux ès endroits où il est requis, les chemins et passages en seront abrégés, la navigation se gagnera, et en proviendront plusieurs autres profits et commodités par le bien public. »

L'idée des voies de communication se liait, dans la pensée de Henri IV, à celle du dessèchement des marais ; il comprenait à merveille qu'il y avait deux manières d'augmenter utilement la richesse, à savoir créer le produit et faciliter le débouché. Les terrains les plus faciles, privés de voies de transport, sont comme s'ils n'existaient pas ; l'homme n'a pas seulement à s'en emparer par le travail, il faut encore qu'il les rapproche de ceux qui profiteront avec lui de cette conquête, et qui la rendront plus féconde.

Tout se lie, tout s'enchaîne dans cette seconde création, à laquelle l'intelligence et le labeur humain sont conviés.

Pour accomplir l'œuvre du dessèchement sur une grande échelle, il fallait l'expérience acquise, les ressources préparées

<sup>1</sup> Fontanon, II, 407.



et la libre disposition des terrains inondés. Les édits de 1599 et de 1607 ont pourvu à cette triple nécessité.

Il est d'un haut intérêt de suivre, dans ces rudiments des grands travaux publics dont le monde nous fournit aujourd'hui le spectacle, la manifestation de la puissance du génie mécanique, de l'esprit d'association et de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Nous étudierons sous ce triple aspect des documents législatifs qui font le plus grand honneur à l'administration de Henri IV.

Le dessèchement des marais exigeait une habileté particulière et des avances considérables; il était donc tout simple que la pensée de Henri IV se reportât vers les Pays-Bas, dont les énergiques habitants avaient conquis le sol sur les flots, étaient devenus les *rouliers* de la mer, et voyaient sans cesse accroître leurs richesses, fruit d'un opiniâtre travail. Esprit d'entreprise, ouvriers expérimentés, capitaux considérables, direction habile, tout devait s'y trouver pour seconder les desseins du monarque. Aucun de ses sujets ne lui avait fait l'offre de les accomplir, *soit à cause des grandes difficultés, risques et dépenses ou autrement*<sup>1</sup>. Cependant il avait jugé cette œuvre très-nécessaire; il voulait conquérir des possessions nouvelles et fertiles sans verser de sang, et *obvier tant que faire se pourroit aux grandes inondations et débordements des eaux, qui adviennent souvent ruinant plusieurs terres et maisons, voire des villages entiers*, comme il était naguère advenu, au grand regret du roi, dans les provinces de Poictou, Bordelais, Xaintonge, Bretagne et autres.

Aussi, sur l'avis qui lui avait été donné de *la suffisance, expérience et pratique en l'art et profession de maitre des digues* du sieur Humfrey Bradleij, de Berg sur le Zon, au duché de Brabant, et *qu'il étoit pour faire et parfaire cette entreprise, avec plus d'avantageuse condition que nul autre*, il fit venir par devers luy icelui Bradleij, qui après avoir visité une grande partie des palus et marais, *fit offre de les dessécher à ses propres cousts, frais et despens, risques, périls et fortune, sans qu'aucune avance lui soit faite, aux charges et conditions* que nous allons rappeler.

Le contrat de concession se forme: l'entrepreneur s'engage, sans demander aucun concours de la part de l'État, à exécuter un travail d'utilité publique.

<sup>1</sup> Préambule de l'édit du 8 avril 1599.

Le roi statuant en son conseil décide :

« Que tous les palus et marais estant dans nostre dit royaume, pays, terres et seigneuries de nostre obéyssance, tant despendant de nostre domaine et à nous appartenans, que ceux appartenans aux ecclésiastiques, gens nobles et du tiers estat, sans aucune exception de personne, assis et situez le long desdites mers, rivières ou ailleurs, soient *desséchés et essuyés* par ledit Bradleij ou ses associés, ou lesdits propriétaires, et par eux rendus propres auxdits labour, prairies ou herbages, selon que leur situation et naturel le permettra. »

On remarquera ici l'expression *Bradleij ou ses associés*; aux temps dont nous parlons elle n'avait rien que de naturel.

Des penseurs aventureux, croyant avoir découvert un remède applicable à tous les maux de l'humanité, ont présenté l'esprit d'association comme une invention moderne. C'était se montrer singulièrement oublieux du passé. En effet, depuis la chute de l'empire romain jusqu'à l'ère moderne, nous ne voyons de tout côté que des manifestations de l'esprit d'association sous toutes les formes, dans tous les buts, soit pour organiser la défense commune, soit pour affronter des expéditions lointaines, les hasards du commerce et même ceux de la guerre.

C'est l'association religieuse qui a défriché l'Europe et restauré la science; c'est l'association industrielle qui a fondé la corporation et la commune; c'est l'association commerciale qui a ouvert et conquis des mondes!

La tentative de Bradleij est un des exemples de l'application de l'association aux grands travaux d'utilité publique, mais ce n'est pas là ce qui marque cette entreprise du sceau de l'esprit nouveau.

Le second édit sur le dessèchement des marais, rendu par Henri IV en 1607 (janvier), déclara que cette *entreprise étant de grand soin, et ne se pouvant exécuter sans une grande avance de deniers* à quoi Bradleij ne pouvait seul suffire, il *s'est associé* avec des personnages *de qualité*, de mérite, d'industrie et de grands moyens, entre lesquels les sieurs Hierosme de Comans, conseiller et maître-d'hôtel ordinaire, Marc de Comans, les enfants de défunt Gaspard de Comans, gentilshommes du pays de Brabant, et d'autres gentilshommes flamands.

Cette société voulut poursuivre l'entreprise entamée en vertu de l'édit de 1599, non-seulement en rendant les marais et palus

desséchés en nature de terres labourables, prés et pâtis, mais encore en faisant bâtir des maisons et des bourgs et des villages, pour y retirer et faire habiter des familles de Flamands, Hollandais et autres étrangers qu'elle y ferait venir, pour faire valoir lesdites terres et en retirer la plupart des commodités requises pour la vie humaine. De cette manière le pays allait être doté de la double richesse que procurent des terres conquises à la culture et des bras intelligents et laborieux.

Le fait caractéristique que nous verrons, du reste, se reproduire dans les autres actes de ce règne, relativement au commerce et à l'encouragement de l'industrie, c'est que le travail fut élevé à la dignité de noblesse; l'époux de Marie de Médicis, combattant des préjugés enracinés, déclara qu'on ne dérogeait pas en se livrant à la production d'objets utiles.

Le privilège conservé par les gentilshommes-verriers, que l'on représente dans les anciennes gravures travaillant l'épée au côté, se généralisa.

L'article 1<sup>er</sup> de l'édit de 1607 (janvier), renferme cette disposition remarquable pour l'époque :

« Et pour autant que pour l'exécution de cette entreprise profitable au public, nous reconnaissons qu'il faut un grand fonds de deniers et une continuelle assistance de personnes expérimentées aux affaires, nous avons déclaré avoir ladite association pour agréable, et permettons à toutes personnes tant ecclésiastiques, nobles et officiers que du tiers estat, de quelque qualité qu'ils soient ou puissent être, d'entrer dans ladite société, sans pour ce préjudicier ne déroger à leurs charges, dignitez, privilèges, exemption, immunitéz et autres prérogatives. »

Aux termes de l'article 25 du même édit, pour donner plus de courage auxdits entrepreneurs de continuer leurs desseins, le roi déclare qu'il est de son vouloir et intention de gratifier et honorer du titre de noblesse douze d'entre eux, choisissant ceux qui ne le seraient point par leur naissance, qu'il jugera avoir plus de mérite et contribuer davantage à la perfection desdits ouvrages, à condition toutefois (la clause est significative) que ceux qui auront été décorés de ce titre de noblesse ne feront, après leurdit anoblissement, aucun acte dérogeant à ladite qualité. Le roi se réserve d'accroître ce nombre de douze, s'il juge que faire ce doive.

En outre, l'article 8 dispose que tous les marais, paluz et terres inondées du domaine, qui seront desseichés par les entrepreneurs, seront nobles, et les déclare de ladite nature et qualité, pour en jouir par lesdits entrepreneurs et ceux qui auront droit d'eux, noblement, en fief et en toute justice, haute, moyenne et basse justice.

Néanmoins, chacun des entrepreneurs et particuliers peut disposer de sa part, et la mettre en censive et roture si bon lui semble.

Quant aux terres qui seraient en la seigneurie censive ou directe, des communautés et seigneuries particulières, l'édit n'y touche point; il décide que ce qui aura été stipulé et convenu par les contrats et traités faits de gré à gré, sera suivi et gardé.

D'autres avantages sont accordés en faveur de ces travaux d'utilité publique. Les entrepreneurs obtiennent <sup>1</sup> la faculté de bâtir sur les terres par eux desséchées des bourgs et villages avec églises paroissiales, et d'y établir des foires et marchez, pourvu qu'aux jours où ils se tiendront, il n'y en ait pas à quatre lieues à la ronde.

Les étrangers <sup>2</sup> doivent être reçus dans ces bourgs, villages et terres; ils pourront y construire, cultiver les terres, faire toute sorte d'ouvrages, manufactures et trafics, et ils seront tenus pour vrais et naturels François, pour jouir des mêmes droits, franchises et privilèges qu'eux, après qu'ils auront déclaré par-devant les juges les plus proches, qu'ils y élisent leur domicile et habitation ordinaire, et qu'ils auront pris un certificat des entrepreneurs. Cet acte de déclaration et ce certificat leur serviront de lettres de naturalité, sans qu'il soit besoin d'une autre expédition.

Il est impossible de faire un accueil plus large aux nouveaux membres de la grande famille nationale.

La tradition a perpétué le souvenir de cette immigration fructueuse; l'on rencontre encore dans le Médoc un canton auquel est resté le nom de *Petite-Flandre*.

Pour que la naturalisation fût absolue, il fallait <sup>3</sup> travailler au dessèchement ou à la culture des terres desséchées, pendant trois années continues. Ce terme une fois expiré, les étrangers

<sup>1</sup> Édit de janvier 1607, art. 9.

<sup>2</sup> *Ibid.*, art. 10.

<sup>3</sup> *Ibid.*, art. 11.

ainsi naturalisés obtenoient le droit de se retirer en d'autres contrées de la France, pour s'employer aux manufactures, négociations, traficq et labour, sans pour ce perdre leurs privilèges et naturalité.

Ils furent exceptés pendant vingt ans de toutes tailles pour les biens situés dans les lieux mis en valeur pour le dessèchement <sup>1</sup>. La même faveur demeura acquise aux naturels français qui viendraient y acquérir des biens et possessions.

La dispense temporaire de l'impôt, pour encourager des travaux utiles, n'est donc pas chose nouvelle.

Il serait fastidieux de reproduire ici la nomenclature des sujétions de l'époque dont les possesseurs des terrains desséchés se trouvaient relevés; nous devons cependant mentionner la dispense complète de *la dtme* <sup>2</sup> pendant dix années, à partir du jour où les marais auront été mis en culture, et la réduction de cette charge, qu'ils ne seraient tenus d'acquitter plus tard qu'à raison de 50 gerbes l'une.

On était sous le régime du privilège; il fallait donc user d'attributions analogues, pour mettre les entrepreneurs en état d'accomplir leur tâche.

Il fut défendu, sous peine de 1,000 livres d'amende, de débaucher leurs ouvriers; ceux étrangers qu'ils auraient fait venir en France, devaient les servir pendant trois ans, sans travailler à faire fossés ou dessèchements en autres lieux, sinon du gré et consentement desdits entrepreneurs, faute de quoi ils pourraient être contraints par justice de retourner à leurs ateliers ou de se retirer hors du royaume <sup>3</sup>.

Les articles 26 et 27 concèdent aux entrepreneurs, à leurs gens et à ceux qu'ils auront fait venir dans les terres par eux desséchées, ou dans les bourgs et villages par eux construits, le privilège spécial de faire en iceux, pendant vingt ans, des fromages à la façon de Milan, des *tourbes et houilles de terres propres à brûler*, comme aussi d'y faire venir des cannes à sucre, du riz et de la garance.

Par une autre disposition, témoignage vivant des désordres du temps, il est permis aux entrepreneurs et à ceux qu'ils emploient pour travailler aux dessèchements, de porter *bâtons à*

<sup>1</sup> Édit de janvier 1607, art. 12.

<sup>2</sup> *Ibid.*, art. 15.

<sup>3</sup> *Ibid.*, art. 24.

*feu pendant six ans seulement, « esperant que dedans ledit tems ils auront par leur soing, travail et advance rendu lesdits marais peuplés et habitez, et que par ce moyen ils n'auront besoin d'autres armes et protection que de celles dont il est permis à nos autres sujets d'user. »*

Ces faveurs spéciales devaient concourir à vaincre les difficultés d'un aussi vaste travail, entrepris à une époque où les sciences mécaniques n'avaient pas encore réduit au service de l'homme l'eau, le fer, le feu et la vapeur, qui assouplissent aujourd'hui la matière et domptent les obstacles.

Malgré les dispositions de l'édit d'avril 1599, Bradleij avait sans cesse été entravé et interrompu par les traverses, oppositions et autres procédures, *par la longueur desquelles les ouvrages estant demeurés ès aucuns lieux, les eaux ont regagné les terres et rendu la pluspart de son travail quasi inutile*<sup>1</sup>.

Les préventions et les hostilités jalouses de l'intérêt privé, se roidissent contre les exigences de l'intérêt public.

Aux termes de l'édit d'avril 1599, pour dédommager Bradleij et ses associés des frais considérables dont ils devaient faire l'avance, et récompenser leur expérience et leur industrie, le roi leur abandonnait en toute propriété<sup>2</sup> la moitié de tous les palus et marais desséchés par eux, quand ces palus et marais lui appartenaient et dépendaient de son domaine.

L'édit s'explique aussi sur le dessèchement des terrains marécageux appartenant aux ecclésiastiques, gens nobles et du tiers état. Ceux-ci devaient déclarer, dans le délai de deux mois, s'ils avaient l'intention d'effectuer ce travail à leurs propres coûts et risques. Ce délai une fois expiré, Bradleij et ses associés devaient s'en charger, en obtenant également, en compensation de leurs *advances, frais et industries*, la moitié de ce qu'ils auraient desséché.

Le gouvernement ne se bornait pas à conseiller et à favoriser le dessèchement des marais; il l'ordonnait en puisant son droit dans la toute-puissance royale, que les légistes avaient tant contribué à établir.

Ce droit lui appartenait en tout cas, tel qu'il s'est maintenu de notre temps, appuyé sur l'intérêt public. En effet, il ne s'a-

<sup>1</sup> Préambule de l'édit de 1607.

<sup>2</sup> Art. 1.

gissait pas seulement d'étendre la puissance de la production sur des terrains soustraits jusque-là au travail de l'homme, mais aussi de préserver des contrées entières de la mauvaise influence d'une atmosphère viciée.

Henri IV faisait appel à l'habileté de Bradleij et à la puissance de l'industrie privée, en créant un véritable privilège d'expropriation au profit de la compagnie.

Les mêmes principes ont inspiré notre loi du 16 septembre 1807. Celle-ci accorde aussi aux propriétaires la préférence sur les entrepreneurs, et concède à ceux-ci un droit à la *plus-value*, qui est réalisée soit au moyen du délaissement par le propriétaire d'une portion proportionnelle du terrain, soit par l'inscription d'une rente au taux de 4 pour 100. Une procédure assez compliquée préside à l'estimation de la *plus-value*.

Les édits de 1599 et 1607 tranchaient la difficulté d'une manière plus radicale, en usant cependant de tempéraments que nous aurons occasion d'indiquer.

Le premier édit provoque le consentement des propriétaires, tout en n'oubliant pas les moyens de vaincre la résistance des parties récalcitrantes.

Et d'abord, lorsque des palus et marais appartiennent en commun à divers propriétaires, ou se trouvent tellement mêlés et enclavés les uns parmi les autres qu'il serait impossible de les dessécher isolément, la voix des propriétaires ayant la plus grande partie des marais l'emporte sur l'avis de ceux qui ont la moindre part <sup>1</sup>.

Un terme doit être fixé par le grand maître des eaux et forêts pour l'achèvement du travail entrepris au compte des particuliers.

Ceux-ci ont le droit de réclamer le concours des directions, expérience et invention du sieur Bradleij, *matre des digues*, qui doit par lui-même, ou par des délégués dont il demeure responsable, *ordonner, dessaigner, commencer, poursuivre* et *parachever* la besongne et ouvrage qui sera requis et nécessaire, tout ainsi que si ledit Bradleij en estoit entrepreneur <sup>2</sup>. Il lui est alloué une indemnité de quarante sols par arpent, mesure de Paris, deux mois après le dessèchement fait. Faute

<sup>1</sup> Édit d'avril 1599, art. 3.

<sup>2</sup> *Ibid.*, art. 5.

d'acquitter cette somme, les propriétaires sont tenus de délaisser au profit de Bradleij le sixième des terrains desséchés.

Le partage par moitié des espaces mis en état de culture ou d'herbage aux frais de Bradleij, s'opérait au moyen de la formation de deux lots entre lesquels le propriétaire pouvait faire son choix <sup>1</sup>. S'il doutait du succès obtenu, il pouvait laisser cette moitié au compte de Bradleij pendant sept années, en l'obligeant à payer un fermage supérieur d'un cinquième au revenu total de la propriété avant le dessèchement.

Enfin Bradleij et ses associés devaient, au cas où le propriétaire voulait conserver son terrain sans distraction de la moitié acquise à l'entrepreneur, renoncer à cette moitié moyennant un prix inférieur d'un cinquième à l'estimation.

Quant au mode de fixer celle-ci, l'édit de 1599 le formule d'une manière ingénieuse <sup>2</sup>. Bradleij et ses associés feront l'estimation de leur moitié, et le propriétaire aura l'option de s'en emparer moyennant ce prix, ou bien de se faire payer sa propre moitié un quart en sus. Deux mois étaient laissés pour l'option, et deux ans pour le payement du prix.

La moitié des terres desséchées qui passait en propriété aux entrepreneurs leur arrivait franche et quitte de toute dette, hypothèque ou obligation, usufruit, usage, douaires, donations, arrérages de loyers, de ferme ou rente <sup>3</sup>, d'autant que par le moyen dudit dessèchement fait aux dépens, périls et fortune desdits entrepreneurs, tous lesdits marais et terres inondées seront améliorées de beaucoup plus grande valeur, en telle sorte que la moindre partie vaudra plus que ne le fait le tout à présent <sup>4</sup>.

Aux termes des derniers articles de l'édit de 1599, le roi prenait en sa protection et sauvegarde la personne du maître des digues et de tous ses domestiques, leurs biens meubles, terres, engins et ouvrages. Il accordait enfin à Bradleij un privilège de quinze années, qui défendait à toute autre personne de s'entremettre ou entreprendre aucun travail analogue ou de contrefaire les façons, outils et machines, directions, expériences, moyens et pratique usuelle dudit Bradleij au fait du

<sup>1</sup> Édit d'avril 1599, art. 7.

<sup>2</sup> Art. 12.

<sup>3</sup> Art. 13.

<sup>4</sup> Édit de 1607, art. 22.



dessèchement par ses ouvrages d'eau, ni même faits à la façon d'échantillon ou exemple d'iceux, si ce n'est de son consentement ou bon gré, « le tout à peine de dix écus d'amende, pour chacun arpent entrepris à dessécher, sans son consentement, applicable la moitié à nous et l'autre moitié audit Bradleij. »

C'était un véritable brevet d'*invention* ou d'*importation* que le *maître des digues* obtenait pour l'espace de quinze années.

Nous avons déjà vu que les dispositions de l'édit de 1599 n'avaient pas tardé à paraître insuffisantes, et que Henri IV les compléta en 1607.

L'uniformité du droit acquis aux entrepreneurs, quelle que fût la difficulté de l'entreprise, put être modifiée en vertu de contrats particuliers <sup>1</sup>.

Mais c'est surtout la loi d'*expropriation* qu'il fallait expliquer et fortifier.

Les *entrepreneurs associez* firent entendre <sup>2</sup> qu'encore que leur intention fût de traiter de gré à gré avec tous les propriétaires et usagers, il pourrait advenir qu'ayant acheté la plus grande part du territoire, ceux qui posséderaient la moindre leur imposeraient d'autres conditions plus dures, ce qui les forcerait d'abandonner leurs ouvrages pour ne pas travailler à grands frais, au profit d'autrui.

Pour y remédier, l'édit de 1607 oblige les propriétaires récalcitrants à délaisser leurs domaines au prix qui sera fixé par les juges des sièges les plus prochains, ou par des commissaires à ce députés, *sur l'avis d'experts*, pourvu que ce prix ait été payé ou consigné par les entrepreneurs.

N'est-ce pas une sorte de jury d'expropriation, qui se trouve organisé pour régler la *juste et préalable indemnité* due au propriétaire dépossédé?

Tous les droits d'*hypothèque*, grevant les marais achetés ou *expropriés* par les entrepreneurs, furent transportés sur les deniers, constituant le prix, et à cet effet les créanciers durent être colloqués sur ces deniers, suivant l'ordre de leurs hypothèques, et tout ainsi que si c'était un immeuble. La consignation du prix libérait valablement les acquéreurs et purgeait les terrains acquis <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Art. 8.

<sup>2</sup> Art. 4.

<sup>3</sup> Art. 23.

Enfin les entrepreneurs eurent le pouvoir <sup>1</sup> de faire abattre ou ôter tout ce qui pourrait les empêcher ou retarder dans le travail du dessèchement, comme les escluses, glacis, moulins et autres obstacles qui arrêteraient l'écoulement des eaux, ou empêcheraient de continuer les tranchées, fossés, canaux, levées, ponts, chemins et tous autres ouvrages nécessaires à l'exécution de leur entreprise, sauf indemnité fixée à l'amiable ou par justice. De cette manière, le droit d'expropriation pour cause d'utilité publique prit de larges proportions.

A une époque où la propriété elle-même n'était pas assise sur une base inébranlable, alors que le souverain s'attribuait un droit de domaine éminent sur toutes les possessions de ses sujets, et que la toute-puissance royale allait jusqu'à la confiscation, le principe de l'expropriation pour cause d'utilité publique, moyennant juste et préalable indemnité, apparaît comme une conquête de l'esprit moderne <sup>2</sup>.

On concilie ainsi, de la manière la plus satisfaisante, les conditions d'établissement de grands travaux publics nécessaires au développement matériel et moral de la société, avec le respect dû au droit de propriété.

Il faut que les résistances partielles, souvent aveugles et exagérées, ne puissent pas élever, comme un obstacle insurmontable, les exigences calculées de l'intérêt privé contre les exigences légitimes de l'intérêt général.

Exaltez ici le droit individuel, vous brisez la force commune; mais sacrifiez, sans tempérament équitable, les intérêts privés à l'utilité publique, et vous risquez de compromettre jusqu'au sentiment du droit de propriété, base de l'ordre social.

Il faut donc en cette matière si délicate, où des intérêts si précieux se trouvent en conflit, ménager soigneusement l'appli-

<sup>1</sup> Art. 21.

<sup>2</sup> Dans une lettre écrite le 27 mai 1607 par Henri IV à *mon cousin le marquis de Rosny* (recueil des *Lettres missives*, VI, 439), on remarque le passage suivant : « Pour le regard de l'opposition que le s<sup>r</sup> de Montmagny a faite lorsque vous avés esté après à faire tirer les fondements pour les maisons qu'il faut faire bastir au marché aux chevaux, je suis d'avis que vous luy en parliez de ma part, et qu'estant une chose que j'affectionne pour l'ornement et embellissement de la ville de Paris, il ne s'y devroit opposer, au pis aller en luy payant la terre que l'on est contrainct de prendre en son jardin, et luy dire qu'estant une œuvre publique, on le pourroit mesme contraindre à la vendre non à son mot, mais comme il seroit jugé juste. »

cation des principes. Il faut faire triompher le droit de tous, sans sacrifier le droit privé.

Telle a été la pensée des édits de 1599 et 1607; aussi méritent-ils d'occuper une place importante dans l'histoire de l'économie politique et de la législation industrielle.

L. WOLOWSKI.

## DE LA SUPPRESSION DES TRIBUNAUX D'APPEL

### DES CHEFS-LIEUX JUDICIAIRES.

Par M. A. HUREAUX, juge à Charleville.

Est-il *possible*, et à supposer qu'il soit *possible*, est-il *convenable*..... que le législateur supprime les tribunaux d'appel des chefs-lieux judiciaires actuels, et qu'il attribue aux Cours impériales la connaissance exclusive de tous les appels de police correctionnelle?....

Cette question, très-importante pour les justiciables et pour la magistrature inférieure, doit, ce nous semble, se résoudre par la *négative*. Si nous en croyons les *on dit*, elle aurait cependant reçu une solution *affirmative* dans le projet d'une nouvelle organisation judiciaire que le gouvernement se proposerait de présenter prochainement à la sanction du Corps législatif.

Nous ne connaissons pas encore les motifs qui ont pu amener une détermination aussi grave, et il n'entre assurément pas dans notre esprit de vouloir faire ici une opposition stérile ou intempestive; mais comme l'objet principal de cette *Revue* consiste dans l'examen et dans l'étude des *questions de législation*, nous avons pensé que quelques observations pratiques recueillies par un juge de chef-lieu judiciaire pourraient n'être pas sans utilité au seuil du débat scientifique que ne manquera pas de soulever la proposition du gouvernement.

Nous sommes heureux, en ouvrant cette polémique, de n'avoir pas à compter avec des préoccupations étrangères. Les services que la magistrature inférieure a rendus de tout temps à l'*Ordre*, sans jamais les avoir fait payer à la *liberté du pays*, sont trop importants et trop bien connus pour que qui que ce soit,

en France, ose sérieusement la mettre en suspicion. Il ne s'agit donc ici que d'une question *de possibilité et de convenance*; porter le débat sur un autre terrain serait le méconnaître ou vouloir en déguiser le caractère réel à l'aide de motifs apparents.

Pour démontrer ce que nous croyons être *la vérité*, nous invoquerons *d'abord* des raisons tirées *de l'intérêt général*; nous présenterons *ensuite* quelques considérations que nous fournira *l'intérêt particulier*.

#### A. Motifs d'intérêt général.

La justice est la première dette de la souveraineté. Or transporter aux Cours supérieures les appels de police correctionnelle ne serait rien autre chose, *en fait*, que commettre *un véritable déni de justice*.

Exemple : Un malheureux est condamné à quelques jours de prison par un tribunal inférieur; si ses juges d'appel résident au chef-lieu de son département, il peut, en s'imposant quelques privations, user du droit que la loi a dû lui donner de faire réformer la sentence sans s'exposer à payer des frais trop considérables. Supposons maintenant qu'il soit obligé, pour user du même droit, de se rendre à la Cour à 100, 200 et même 300 kilomètres de sa résidence, et que, par suite de l'un de ces incidents si fréquents dans les débats correctionnels, il se trouve dans la nécessité d'obtenir de ses juges l'autorisation de faire entendre une seconde fois les témoins, ou d'en produire de nouveaux.... A quel parti s'arrêtera-t-il?... Placé entre deux maux, *la ruine de sa petite fortune*, d'UNE PART, et *sa condamnation*, DE L'AUTRE, il sera bien contraint de choisir le moins grave; il s'inclinera devant l'impossibilité où la loi l'aura placé, et il se résignera à exécuter le jugement de première instance, qu'il aurait peut-être pu faire reviser au chef-lieu judiciaire, afin d'obtenir soit la diminution, soit la remise de sa peine.

Cette considération, dont la portée est décisive, apparaît plus puissante encore dans les affaires poursuivies à la requête des parties civiles que dans celles poursuivies à la requête du ministère public.

Il est évident que, dans le système du projet que l'on prête au gouvernement, l'exercice du droit d'appeler devient le privilège à peu près exclusif de la fortune et de l'autorité publique.

Continuons : Si le projet a pour résultat de supprimer, ou tout

au moins de diminuer sensiblement les appels de police correctionnelle de la part des condamnés, il semble qu'il doive au moins maintenir l'accusation sur la même ligne que la défense, et par conséquent entraver également les appels du ministère public; mais telle n'est pas sa pensée.... Les appels du ministère public se produiront tout aussi facilement qu'ils se produisent aujourd'hui, et l'on verra dans ce système, contrairement à tous les principes du droit criminel, l'accusateur plus favorisé, en fait, que l'accusé....; en d'autres termes, la défense sacrifiée à l'accusation!!... de sorte que les matières correctionnelles qui intéressent au plus haut point *l'honneur et la liberté des citoyens*, seront jugées, en réalité, comme les matières fiscales, dans lesquelles les administrations restent le plus souvent maîtresses du terrain, faute par leurs adversaires d'avoir à leur disposition les billets de banque nécessaires aux dossiers de défenses en cassation!....

Si, de l'accusateur et de l'accusé nous passons aux magistrats appelés à se prononcer en dernier ressort, nous voyons encore les raisons les plus plausibles militer en faveur de ce qui existe aujourd'hui.

Le juge d'appel actuel connaît la moralité de son département; il gradue en connaissance de cause l'échelle des peines suivant les besoins de chaque localité. Le magistrat que le projet lui substitue sera-t-il en position d'apprécier aussi sainement que lui ce qu'il convient de faire, et de concilier sans danger les rigueurs de la justice avec les devoirs de l'humanité?

Sans doute la nécessité d'un tribunal d'appel étranger aux influences de localité ne saurait être méconnue, mais encore faut-il que le droit d'appeler soit susceptible d'être exercé avec toutes les possibilités de garanties relatives que la justice et l'humanité peuvent comporter, suivant les diversités de temps et de lieux.

On objecte qu'il est bizarre de voir des tribunaux de première instance réformer, en dernier ressort, des décisions émanées des tribunaux de première instance également....

Les réponses à cette objection se pressent en foule.

1° Le tribunal du chef-lieu judiciaire n'est pas, dans l'organisation actuelle, le simple tribunal de première instance du chef-lieu d'arrondissement. Cela est si vrai, que le magistrat de ce dernier tribunal regarde comme un avancement sa nomi-

nation au chef-lieu judiciaire. Et c'est avec raison ; car, *d'une part*, le tribunal du chef-lieu, *sapit quid Curia*, a dans ses attributions personnelles quelque chose de la Cour.

Il siège comme assesseur aux assises de son département....

Il tire au sort la liste des jurés pour le service des différentes sessions.....

Il désigne les citoyens appelés à fixer les expropriations forcées pour cause d'utilité publique....

Il juge en dernier ressort les appels de police correctionnelle.....

Toutes choses qui témoignent de son importance aux yeux du législateur.

*D'autre part*, son personnel est plus nombreux que celui des tribunaux d'arrondissement ; ce qui y rend le service moins assujettissant et plus agréable, surtout pour les vétérans de la magistrature inférieure, qui ont si bien mérité cette transition honorable à leur retraite définitive.

2° Ce n'est pas, à vrai dire, dans la hiérarchie plus ou moins élevée des juges d'appel que consiste la garantie d'une bonne révision des jugements de première instance ; car, en fait, le conseiller *du lendemain* ne juge pas mieux que le président ou que le juge *de la veille* ; c'est bien plutôt dans *le nombre* des magistrats appelés à se prononcer en dernier ressort que consiste cette garantie. Cela est si vrai, que les législations chrétiennes ont abandonné le juge unique du système formulaire, parce que l'opinion d'un seul homme, quelle que soit d'ailleurs son aptitude, a été considérée par elles comme n'offrant pas à un degré suffisant, au moins dans les affaires de quelque importance, toutes les garanties réclamées par les besoins des sociétés modernes.

Si, dans un tribunal de trois juges, il n'y a généralement *qu'une seule opinion*, il y en a souvent *deux* dans un tribunal de cinq, et c'est du choc des discussions que jaillit la lumière. Or l'organisation actuelle satisfait la raison ; elle a pour elle l'expérience du passé, qui est toujours en législation un fait très-considérable. Cinq magistrats pouvant obtenir, sans frais exorbitants, les renseignements dont ils éprouvent le besoin, constituent certainement un bon tribunal d'appel *en matière correctionnelle*. Aussi les chambres d'appel des chefs-lieux judiciaires n'ont-elles jamais soulevé de sérieuses réclamations.

En sera-t-il de même dans l'hypothèse des appels portés à la Cour? Il est permis d'en douter; car le conseiller *du lendemain*, quelle que soit sa capacité d'ailleurs, ne se trouvera pas, pour faire bonne justice aux parties, dans une position aussi favorable que le président ou que le juge *de la veille*. Les renseignements matériels et locaux, la physionomie des débats lui feront défaut, et il lui sera à peu près impossible de combler cette lacune capitale.

Il n'aura pour éléments de sa décision souveraine que le jugement attaqué et les notes sommaires des dépositions des témoins, trop souvent retenues d'une manière incomplète sur le plumitif de première instance.

Supposons qu'il se présente l'un de ces mille incidents dans lesquels un fait important se trouve inopinément contesté, et que le conseiller de la Cour éprouve le besoin d'un plus ample informé....; ira-t-il, comme cela se pratique assez facilement aujourd'hui, ordonner une nouvelle audition des témoins? Mais ces témoins doivent, si l'on compte *l'aller et le retour*, parcourir 500 kilomètres pour comparaître à sa barre!.... Qui ne voit que la crainte des frais nécessités par les distances se dressera immédiatement devant lui, et que dès lors son rôle se bornera le plus souvent à donner un *visa paratis* à la sentence attaquée, rarement à la réformer pour quelque fausse application de la loi?

S'il se permet de la réformer en fait, ou de modifier la peine d'après les seuls documents qu'il aura à sa disposition, il courra le risque de se tromper, et alors on pourra peut-être appliquer à son arrêt le brocard ancien : *Sæpius appellatio in pejus reformet*.

3° Au surplus, l'anomalie signalée dans l'objection existe depuis longtemps sans réclamation aucune. Le projet aurait-il la prétention de la faire cesser complètement pour l'avenir? Non, sans doute....; d'après ce qui existe aujourd'hui et ce qui continuera très-probablement d'exister dans l'avenir, on voit et on verra encore les juges d'appel actuels siéger comme assesseurs dans les Cours d'assises de leurs départements, et condamner en dernier ressort les accusés aux peines les plus graves, aux amendes et aux dommages-intérêts les plus considérables!... Pourquoi donc seraient-ils considérés comme inaptes à prononcer sur un appel de police correctionnelle, alors que la loi les

investit et contiendra de les investir d'un pouvoir bien plus important <sup>1</sup>?

Ne savons-nous pas enfin que la Cour de cassation elle-même réforme les décisions de ses chambres particulières, lorsque de nouveaux pourvois sont déférés à ses chambres réunies? Voilà une hiérarchie de magistrats qui juge souverainement les arrêts rendus par sa propre hiérarchie.

Disons donc, sans crainte, que la garantie d'une bonne révision est bien plutôt dans le nombre des magistrats appelés à se prononcer en appel que dans la hiérarchie plus ou moins élevée à laquelle ils appartiennent.

Ainsi l'objection produite contre l'organisation actuelle est plus spécieuse que solide.

Nous laissons de côté la question de capacité que le gouvernement s'efforce tous les jours de résoudre par de bons choix. De même que le Trésor public est toujours réputé *solvable*, de même le Magistrat est toujours réputé *capable*.

Loin de toucher à la composition des tribunaux des chefs-lieux judiciaires pour leur enlever une partie de leur importance au profit des Cours supérieures, il serait peut-être plus convenable, *au contraire*, ainsi que l'a déjà fait le législateur à l'égard des juges de paix, d'étendre leurs attributions et de développer les bases de leur institution à l'instar de ce qui se passe en Hollande; leur organisation est éminemment démocratique, et par conséquent elle se trouve en parfaite harmonie avec le système politique qui nous régit aujourd'hui <sup>2</sup>.

Les intérêts civils des justiciables y gagneraient beaucoup, et l'habitant de Givet ou de la Neuville-en-Tourn-à-Fuy ne se trouverait pas dans la nécessité de parcourir à grands frais 436

<sup>1</sup> Notez que, dans l'hypothèse de l'adoption du projet, les tribunaux des chefs-lieux judiciaires se trouvant réduits à cinq juges, le service de la Cour d'assises retombera en réalité sur quatre magistrats, puisqu'il ne faut pas compter sur le juge d'instruction.

<sup>2</sup> Nous ne verrions même aucun inconvénient dans un système qui donnerait aux tribunaux des chefs-lieux judiciaires des départements voisins les attributions des Cours impériales actuelles, en ce qui concerne les appels relatifs aux affaires correctionnelles jugées en premier ressort par les tribunaux des chefs-lieux judiciaires limitrophes.

Dès que la chambre appelée à juger en dernier ressort est plus nombreuse que celle qui a jugé en première instance, la garantie d'une bonne révision est suffisante.



ou 440 kilomètres pour faire juger, en dernier ressort, une question de servitude ou de mur mitoyen!...

Il ne faut pas perdre de vue que si nous éprouvons tous le besoin des systèmes généraux et absolus, que si, en d'autres termes, la centralisation nous apparaît, en théorie, sous des apparences séduisantes, il est aussi certaines catégories de matières qui, par nature, échappent à cette centralisation; or, les arrêts de la justice criminelle et par conséquent les appels de police correctionnelle n'appartiennent-ils pas à l'une de ces catégories?

Dira-t-on que la suppression proposée réalisera une économie au profit des finances de l'État, et qu'elle permettra la réduction à cinq juges des tribunaux qui en comptent aujourd'hui sept ou neuf?....

La réponse est que c'est là une considération secondaire.

La Magistrature inférieure n'est pas assurément rétribuée outre mesure, en France, et la suppression de quelques traitements modestes ne sera pas remarquée au budget. Mais il y a plus, l'économie que l'on prétend faire existera-t-elle?... Il est permis d'en douter. Car il faut tenir compte d'un fait inconnu aujourd'hui. A quel chiffre s'élèveront les frais de justice criminelle nécessités par les appels correctionnels portés à la Cour?... Ne faudra-t-il pas aussi créer de nouvelles chambres dans plusieurs sièges supérieurs et notamment à Paris?

Il est donc démontré que l'intérêt général exige le maintien du *status quo*. Voyons maintenant si l'intérêt particulier et les convenances ne l'exigent pas également.

#### B. Motifs tirés de l'intérêt particulier.

Dans l'hypothèse de l'adoption du projet, les greffiers, les avoués et les huissiers verront diminuer les produits de leurs charges, qu'ils ont cependant achetées en considération de l'importance des tribunaux près desquels ils exercent leurs fonctions.

Les avocats de chefs-lieux et les juges suppléants souffriront également de la loi projetée; les *premiers*, par la diminution des causes à défendre; les *seconds*, par celle des places à vaquer.

Mais c'est surtout aux juges inamovibles que le projet porte une atteinte profonde. Combien de magistrats nés dans le département, y ayant leurs familles, leurs fortunes, regardent le

tribunal du chef-lieu comme le terme de leur avancement!.... Eh bien! ils auront rendu d'importants services pendant dix ans, quinze ans, vingt ans de leur vie dans les tribunaux d'arrondissements pour arriver au tribunal d'appel, but de leur très-légitime ambition; ils y seront enfin parvenus; quelques-uns même auront, dans l'espérance fondée suivant toutes les apparences, que leur position serait désormais stable, refusé d'écouter des propositions d'avancement qu'on aura pu leur faire....; puis..... viendra une loi qui les rejettera à leur point de départ: trompant toutes leurs attentes conçues, qui sont de véritables droits, et leur apportant, sans compensation possible, des déceptions d'autant plus amères que l'âge les aura rendus moins propres à recommencer leur carrière et à refaire leur position qu'ils croyaient et qu'ils pouvaient croire, avec raison, désormais à l'abri de toute atteinte!....

Il faut donc maintenir le *statu quo*; en cette matière, le législateur ne doit toucher à une institution existante qu'autant que cette institution lui est démontrée n'être plus en rapport avec les mœurs, et qu'autant que ce qu'il veut mettre à la place vaut mieux que ce qu'il veut détruire. Or, loin qu'il soit démontré que l'organisation actuelle des tribunaux de chefs-lieux ne soit plus en rapport avec les mœurs, il est démontré, au contraire, qu'il est en parfait rapport avec les mœurs; et loin qu'il soit démontré que le projet que l'on prête au Gouvernement vaille mieux que ce qui existe, il est démontré, au contraire, qu'il vaut beaucoup moins.

A. HUREAUX.

## BIBLIOGRAPHIE.

REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE D'ALLEMAGNE<sup>1</sup>.

Compte rendu par M. BERGSON.

L'extrême richesse des recueils juridiques d'outre-Rhin est un fait digne assurément d'être remarqué. Parmi les trente-huit États de la Confédération germanique, il y en a peu qui ne possèdent leur Gazette des tribunaux et leur Revue mensuelle. En faisant le dénombrement de tous ces recueils, on obtiendra facilement un chiffre égal, peut-être supérieur au nombre réuni des recueils périodiques publiés dans le reste de l'Europe. Cette surabondance peut s'expliquer par plusieurs circonstances. En première ligne il faut considérer l'extrême diffusion des connaissances juridiques en Allemagne. Le mouvement de la science ne s'y arrête pas au seuil de l'école : le magistrat comme le praticien continuent les traditions de l'école avec une espèce de culte. Pour se convaincre jusqu'à quel point la théorie y domine encore la pratique, on n'a qu'à lire un de ces arrêts si savamment motivés d'une Cour allemande, où les développements du point de droit occupent souvent un espace prodigieux. C'est qu'en Allemagne le droit n'a pas reçu ces formes catégoriques et précises qui dispensent de l'examen des principes. Dans les pays même où le droit a été codifié, il faut consulter en même temps pour chaque espèce les statuts des provinces ainsi que les coutumes locales, et au-dessus du Code général plane ce droit commun, produit mystérieux de l'école inaugurée il y a six siècles à Bologne. Ce que dans ce travail patient et séculaire les lois allemandes ont perdu en simplicité et en précision, elles l'ont regagné en ampleur profonde. Des branches importantes, telles que le droit canon, le droit féodal, le droit naturel, l'histoire générale du droit, qui ne figurent pas dans les programmes de nos facultés, sont enseignées dans les universités d'Allemagne. La jurisprudence allemande représente de nos jours bien réellement ce centre commun où les principes juridiques qui depuis la chute de l'empire romain ont régi l'Eu-

<sup>1</sup> Publiée par MM. Arndts, Bluntschli et Pozl, professeurs à l'université de Munich, t. III, 1855, 1<sup>er</sup> cahier.

rope civilisée, se sont rencontrés. Aucun fait important, en quelque pays du monde qu'il se produise, n'échappe à ses patientes investigations. Les amis sérieux de la science ne sauraient donc regarder avec indifférence le mouvement si considérable qui s'opère de l'autre côté du Rhin. Pour justifier ces propositions, prenons pour exemple le recueil indiqué ci-dessus. Une simple analyse du premier cahier suffira pour en faire apprécier la variété très-instructive. Je la résumerai dans les trois points suivants.

I. Quel est le caractère actuel du droit criminel en Allemagne? A cette question, les deux ouvrages objet d'un compte rendu qui forme le premier article, répondent par des conclusions à peu près opposées. M. Köstlin, le professeur de Tubingue, en reconstruisant le droit criminel *à priori*, l'a formulé en système dont les diverses parties s'enchaînent dans un ordre didactique, et se déduisent l'une de l'autre avec une précision rigoureuse <sup>1</sup>. Les vieux textes romains et germaniques y ont reçu une expression rajeunie et philosophique. Les définitions des crimes et des délits, les limites du droit de punir qui appartient à l'État, l'imputation et les questions de discernement, les nuances si variées du dol et de la faute, la tentative, la complicité, les principes des peines, leurs modes d'application, le concours de délits, l'étendue du pouvoir judiciaire, le droit de grâce, toutes ces matières traitées par un esprit familier avec les textes nombreux du droit commun, ont reçu sous une pensée profonde cette expression abstraite et philosophique qui rend le commentaire de M. Köstlin propre à être consulté avec autant de fruit par le criminaliste français ou anglais que par celui d'outre-Rhin. Le commentaire de M. Heffter présente un caractère bien différent <sup>2</sup>. M. Heffter, le vétéran des criminalistes allemands, qui siège actuellement dans la Cour suprême de justice, à Berlin, s'était créé une place distincte dans cette pléiade qui, il y a une vingtaine d'années (qu'il me soit permis d'invoquer ce souvenir personnel), entourait l'illustre chef de l'école historique. Doué d'un esprit éminemment pratique, il s'est attaché surtout à introduire la critique historique dans les branches

<sup>1</sup> *System des deutschen Strafrechts*. Tubingue, 1855.

<sup>2</sup> *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. 5<sup>e</sup> édit. Brunswick, 1854.

usuelles de la jurisprudence, un peu négligées par l'école qu'absorbait exclusivement l'étude du droit civil, telles que la procédure civile et criminelle, le droit des gens moderne, chef-d'œuvre d'érudition et d'analyse critique, et le droit criminel. Le *Manuel du droit criminel* est une application de cette méthode judicieuse, occupée à tirer des textes vieilliss leurs conclusions pratiques, à discerner ce qui est d'une application pratique de ce qui est tombé dans l'oubli. L'exposé de la procédure criminelle qui termine le *Manuel* retrace un tableau exact de cette procédure savante qui, née dans les Cours ecclésiastiques, s'entourait d'un secret mystérieux; qui, en se trainant péniblement dans le dédale des protocoles et des rapports, tenait le prévenu éloigné de ses juges comme du public. Elle s'est écroulée naguère et est remplacée par une procédure dans laquelle il est facile de reconnaître l'influence des principes français <sup>1</sup>.

II. Des lois criminelles de l'Allemagne actuelle à celles de l'ancienne Germanie l'intervalle n'est pas long. Un article de M. Maurer raconte les origines curieuses des lois anglo-saxonnes. On sait généralement que le Code pénal des conquérants francs se résumait d'abord dans les guerres privées et les duels; que lors de leur établissement dans les Gaules un système de compositions fort compliqué avait déjà succédé au principe primitif des guerres privées. M. Maurer constate des résultats analogues chez les Anglo-Saxons. Lors de l'invasion de ces derniers dans l'île britannique, et notamment sous le règne éclairé des rois Æthelstan, Canut et Alfred, le principe de la paix publique fut introduit partout sous le nom de *paix du roi*. Il est dit alors que celui qui viole la paix publique perd l'amitié, qu'il devient l'ennemi (*fah*) du roi et de ses fidèles, et qu'il est mis hors la loi jusqu'à ce que le roi consentira à le faire rentrer dans la jouissance de la paix publique et sous la protection des lois <sup>2</sup>. Personne ne doit recevoir chez lui le proscrit sous peine d'être proscrit à son tour: le criminel est regardé comme fugitif (*flyma*), chacun peut l'arrêter et le tuer impunément. A une certaine époque cependant la mise hors la loi et la privation de la

<sup>1</sup> Voir mon *Aperçu sur la nouvelle procédure civile et criminelle de Prusse*, 1847, p. 46 et suiv.

<sup>2</sup> *Utlag, fridles* (hors la loi, sans paix). — *Inlagian, fridhian* (rentrer dans la loi, dans la paix).

paix du roi ont cessé d'être la peine principale du crime ; elles ne sont plus que la peine accessoire, subsidiaire infligée au criminel contumax qui s'est soustrait par la fuite à la solennité du jugement, à l'épreuve de l'ordalie, ou qui s'oppose par la force à l'exécution du jugement. En un mot, le droit primitif de guerre individuelle <sup>1</sup> s'est transformé en peine subsidiaire et a cessé de constituer la base fondamentale des lois criminelles. Les compositions d'une part, la vindicte publique revendiquée par l'État, de l'autre, lui ont succédé : cette dernière, à son tour, tend à absorber les compositions et à les reléguer sur l'arrière-plan en les convertissant en peines subsidiaires. Elle distingue à cet effet entre les crimes susceptibles et ceux non susceptibles d'être rachetés <sup>2</sup>. Les premiers forment d'abord la grande majorité : chaque crime doit être racheté par le paiement d'une double amende, de celle payée aux personnes lésées (*bot*) et d'une autre due au roi, et désignée sous le nom de *wite* ou *gageure*, dénomination commune aux lois scandinaves et anglo-saxonnes. Celle-ci constitue la peine proprement dite : aussi on lui applique également la qualification de paix <sup>3</sup>. Le chiffre de l'amende varie selon la qualité sociale de la personne lésée. De véritables peines afflictives non susceptibles d'être rachetées sont appliquées d'abord aux individus seulement qui ne sont pas libres, plus tard aussi aux hommes libres, et il dépend de la volonté du roi de faire subir au criminel la peine capitale ou de lui accorder la faculté de rachat. Déjà nous voyons la royauté investie du droit suprême de grâce <sup>4</sup>. En dehors de la peine capitale on retrouve dans les lois anglo-saxonnes l'emprisonnement, la privation de fonctions publiques et l'exil. Tous les crimes qui sont punis de la privation de la paix du roi entraînent la confiscation des biens du coupable. Les lois du roi Canut énumèrent les crimes suivants comme n'étant pas susceptibles d'être rachetés : l'effraction d'une maison habitée, l'incendie, le vol armé, l'assassinat et la trahison du chef ou du seigneur. Pour tous ces crimes, y est-il ajouté expressément, le roi n'accorde la grâce et la remise des peines prononcées qu'en des cas

<sup>1</sup> *Fahde* de *fah*, ennemi.

<sup>2</sup> *Botwyrde*, — *botleas* (*bot*, amende).

<sup>3</sup> *Mund*, *mundbyrd*, protection.

<sup>4</sup> *Wera suæ culpa sit vel vitæ suæ sicut rex volet*. — *Vitæ suæ culpabiles sint nisi rex velit eorum misereri*.

exceptionnels. De bonne heure, comme on le voit, les lois anglo-saxonnes se sont rapprochées des vrais principes du droit criminel.

III. Passons à un troisième article d'un ordre tout différent. Le nom de M. de Haller n'est pas resté inconnu en France. Mêlé aux derniers événements de la Restauration, il fut cité parmi les champions les plus fougueux du drapeau blanc. Un jurisconsulte de la ville de Berne a retracé la biographie de son célèbre compatriote. Les débuts du petit-fils d'Albert de Haller, l'une des gloires nationales de la Suisse, n'annonçaient guère le futur champion du pouvoir despotique. Chargé par sa ville natale de diverses missions diplomatiques à Genève, à Milan, à Paris et à Rastadt, il y professait ouvertement les principes de la révolution. Le parti libéral accueillit avec faveur son projet de Constitution de la république de Berne qu'il publiait alors. Ce fut seulement lors de la proclamation de la nouvelle Constitution fédérale qu'il s'est posé en adversaire implacable d'une unité qui consacrait l'égalité politique des cantons, et qu'il entreprit sa longue croisade contre le nouvel ordre de choses, continuée depuis avec un rare acharnement pendant un demi-siècle. En 1816 il publia le premier volume de sa *Restauration des sciences politiques*. Dans les six volumes de cet ouvrage, qui fut terminé seulement en 1834, et qui l'a fait surnommer *le restaurateur*, il attaque comme des erreurs fondamentales l'idée professée par Grotius et développée par Rousseau dans ses dernières conséquences, à savoir celles d'un état naturel et primitif contraire à l'état civil, et les théories du pouvoir délégué du prince, de la souveraineté du peuple, etc. Selon lui, les individus réunis en société ne se sont nullement éloignés de l'état naturel. C'est par la nécessité, par des besoins naturels et instinctifs que les plus faibles ont dû rechercher la protection des plus forts : le commandement et la soumission deviennent dès lors la condition normale de tous les rapports sociaux. M. de Haller définit l'état social une agrégation d'individus réunis pour la prestation de services réciproques, et qui se distingue d'une société ordinaire en ce que tous les pouvoirs y ont été délégués à un chef unique. Le chef de l'État exerce ses pouvoirs à titre civil ; l'administration intérieure, le gouvernement intérieur ne constitue que son patrimoine privé, dont il ne doit compte à personne, pas plus que de ses

rappports extérieurs avec les pays voisins. S'il entreprend une guerre contre un État voisin, il la conduit à ses risques et périls. M. de Haller a en horreur les conscriptions militaires et les impôts ; le souverain qui fait la guerre doit la conduire avec ses propres ressources ; il lui conteste la faculté de lever des soldats et des impôts sur ses sujets. De même que le souverain, ses sujets jouissent également de la plénitude de leurs droits civils, et ils ont aussi le droit de se faire la guerre entre eux : conséquemment M. de Haller regarde la proscription du duel comme le résultat de la tendance antireligieuse de notre époque. Il voudrait que le prince, comme ses sujets, pussent se mouvoir librement dans leurs sphères respectives<sup>1</sup>. Aucune entrave ne doit gêner le prince dans le libre exercice de son pouvoir ; aucune règle, aucune coopération ou consentement préalables. De même les sujets ne doivent subir aucune entrave dans l'exercice libre de leurs droits civils. Néanmoins M. de Haller n'a pas tenu la balance égale entre le prince et ses sujets. Au prince il accorde la force qui impose la coercition. Aux sujets il propose comme remèdes contre les abus de la force la soumission, les consolations de la religion, et en dernier lieu la faculté d'émigrer, qu'il qualifie lui-même de *flexibile beneficium*.

Adversaire déclaré de toute innovation, M. de Haller s'élève avec une pareille énergie contre les Codes modernes. Les Codes de Prusse, d'Autriche et le Code Napoléon sont critiqués sévèrement. Pour lui les vraies lois civiles consistent dans les us et coutumes consacrés par un usage exprès ou tacite, les conventions privées, les titres d'acquisition, tandis que les Codes ne contiennent que des règles tracées d'avance aux juges plutôt qu'aux particuliers, le souverain devant s'abstenir en général d'intervenir dans les affaires privées de ses sujets. Il attaque surtout la promulgation des lois pénales comme fort dangereuse. Règles tracées aux juges pour le mode de constatation et de répression des crimes, elles permettent au criminel de connaître longtemps d'avance sa peine lorsqu'il n'y a aucun droit, et qu'il importe au contraire de l'entretenir dans la crainte salutaire d'un plus grand châtement. Si l'absence de lois positives et écrites facilite l'erreur, leur publication en augmente les probabilités ; car les lois positives punissent en dehors des faits et

<sup>1</sup> Jeder Fürst und Unterthan hat seine Sache rein für sich.



des circonstances particulières de chaque espèce. Le juge peut se tromper, mais la loi doit se tromper nécessairement.

Voilà les écarts dans lesquels une logique pleine de passion a fait tomber un esprit élevé. Adversaire de Rousseau, M. de Haller n'attaque la souveraineté anarchique des masses que pour la remplacer par le despotisme. A la licence de l'état de la nature il substitue la force brutale imposée d'en haut, aux règles tracées d'avance l'arbitraire du gouvernement et de la justice. Point de Constitution, point de Codes, point de lois écrites, voilà sa triple devise! Venu à la suite de Xavier de Maistre, il est resté bien au-dessous de son maître, tant sous le rapport du sentiment historique que de l'ampleur profonde des vues.

Fatigué enfin de la lutte, il s'était retiré à Soleure, où il est décédé à l'âge de près de quatre-vingt-dix ans (20 mai 1854), triste exemple d'une époque d'antagonisme acharné qui n'oppose aucun frein moral à la licence de la pensée, qui permet à des théories vieilles de s'éloigner de la voie de la raison et du bon sens, en leur promettant de nombreux partisans, pourvu qu'elles se présentent sous des formes rajeunies et bizarres, inconnues jusqu'à ce jour.

BERGSON.

---

### MANUEL DU PARTAGE DES SUCCESSIONS.

Par M. AMÉDÉE NICOLAS, avocat, ancien avoué, ancien notaire.

Ce livre se présente au public sous le patronage de la chambre des notaires de Marseille, qui ayant pris connaissance, sur la demande de l'auteur, du plan de son livre, lui « exprime le désir qu'elle partage avec toutes les personnes qui ont eu connaissance de ce consciencieux et intéressant ouvrage, de voir livrer à l'impression un travail qui se distingue par l'habile déduction des principes qui découlent de l'examen raisonné des textes, et qui est appelé, dans la pratique, à simplifier, dans beaucoup de cas, la tâche toujours si délicate, déferée par la loi aux notaires, de liquider, sous le contrôle des magistrats, les divers ordres de succession établis par le Code Napoléon. »

Nous avons reproduit cette appréciation de la chambre des notaires, appréciation d'où nous n'avons rien à retrancher, parce

qu'elle donne en effet une idée très-exacte de la pensée du livre, du but que M. Amédée Nicolas s'est proposé.

Ceci n'est pas une de ces monographies où se produisent des théories approfondies. C'est une œuvre essentiellement pratique. On y voit un simple exposé des principes qui régissent les partages : c'est la base et comme le point de départ de tout le travail ; puis viennent les modes de procéder dans les situations si nombreuses qui peuvent se présenter, et enfin les solutions matérialisées en quelque sorte par des comptes faits en chiffres.

M. Amédée Nicolas peut faire plus ; il peut discuter et approfondir un point de droit, quelques parties de son livre en donnent la preuve, et l'auteur, nous l'espérons, l'a prouvé mieux dans deux ouvrages plus considérables, encore inédits, dont celui-ci s'annonce comme étant le résumé. Mais ici le but unique de l'auteur a été de satisfaire, dans l'intérêt des praticiens, aux exigences de la pratique. Ce but a-t-il été complètement atteint ? Le lecteur verra ce qu'il faut en penser.

Nous voulons dire seulement qu'à nos yeux l'ouvrage de M. Amédée Nicolas a un caractère d'utilité incontestable. Il peut servir, comme l'auteur le dit lui-même, aux magistrats, aux avocats, aux avoués ; mais avant tout il est utile aux notaires et à leurs principaux clercs. C'est à ceux-ci aussi que nous recommandons ce petit ouvrage tout particulièrement : rien, en effet, ne saurait les familiariser mieux avec la matière des partages, ni mieux aplanir les difficultés si nombreuses qui s'élèvent dans cette partie si importante et si compliquée de leur pratique.

---

## EXAMEN DOCTRINAL

## De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. NICIAS-GAILLARD, premier avocat général à la Cour de cassation.

- I. — 1. *Assurances contre le recrutement militaire.* — Diversité de la jurisprudence. — Importance de la question.
2. État de la question devant la Cour de cassation.
3. Erreur de l'opinion suivant laquelle l'augmentation du contingent a été une cause légale de résolution pour les traités antérieurs. — Causes générales de cette erreur.
4. Véritable caractère des traités de remplacement. Ce sont des contrats d'assurance.
5. Par conséquent, des contrats aléatoires.
6. Caractère propre des conventions aléatoires. — Tous les risques, prévus ou non prévus, se rapportant à l'objet de la convention, sont compris dans l'*aléa*, à moins d'une exception expresse ou virtuelle.
7. Influence du fait ou de l'appréciation d'intention. — Déclaration souveraine.
8. Exemples tirés du droit maritime.
9. Cas fortuit ou de force majeure. — Caractères : il faut qu'on n'ait pu ni le prévoir ni l'empêcher, et qu'il ait rendu l'exécution impossible. — Exemples.
10. La loi du 9 avril 1854, qui a élevé le contingent, n'était qu'une mesure régulière et normale, l'exercice d'un droit, l'accomplissement d'un devoir.
11. *Fait du prince.*
12. Exemple tiré de la loi 11, ff., *De evictionibus* : les terres données en récompense aux vétérans.
13. Autre exemple tiré des lois abolitives de la féodalité.
14. Différences entre ces faits et l'augmentation du contingent annuel, facile à prévoir à l'époque des traités.
15. Principes généraux des obligations : il faut que l'empêchement porte sur l'objet même de la convention, et qu'il y ait ainsi perte de la chose.
16. Confiance particulière des jurisconsultes dans la Cour de cassation sur cette question importante.
17. Conditions où la Cour s'est trouvée placée ; les meilleures pour la vérité.
18. Moindre dommage pour les compagnies qu'on eût pu le craindre dans le principe.
- II. — 1. *Electa una via, non datur recursus ad alteram.* — Application de cette maxime au cas de l'action résolutoire exercée après l'action *quantum minoris*.
2. On ne peut assimiler à l'action *quantum minoris*, emportant renonciation à l'action en résolution de la vente, le recours en garantie exercé par l'acquéreur, actionné lui-même en résolution d'une seconde vente par son sous-acquéreur.

## 3. Différences des deux actions.

III. — *Du serment des témoins dans les enquêtes faites devant les tribunaux de commerce, et généralement dans les enquêtes en matière sommaire.*

1. Est-il prescrit à peine de nullité?
2. Comment la prestation du serment doit-elle être constatée?
3. Dans les causes non susceptibles d'appel, le jugement qui ne contient pas la mention du serment peut-il être remplacé, sous ce rapport, par un procès-verbal du greffier?
4. Peut-il l'être par un simple certificat que le greffier aurait délivré?

IV. — *Du droit de soulte en lui-même et par rapport aux droits d'enregistrement.*

1. Différences, à cet égard, entre le droit commun et la loi fiscale.
2. Explication historique de cette différence.
3. État actuel de la législation.
4. Caractère distinctif de la soulte ou retour de lot. — Conditions nécessaires pour qu'elle existe.
5. Les rapports ne sont pas soumis au droit de soulte.
6. Espèce de l'arrêt. — Préentions de la régie.
7. Mauvaise raison donnée par le jugement attaqué.
8. Véritable raison : le don par préciput mettait bien la chose en dehors de la succession, mais le donataire, venant à cette succession, pouvait ne pas profiter de la dispense de rapport. — Effets de cette renonciation.
9. Questions qui pouvaient se présenter et qui n'ont pas été soulevées.

**L. — (9 JANVIER 1856 : CHAMBRE CIVILE. — *Mesnard et autres contre Devaux et autres.*)** — 1. La question de la validité des assurances militaires, malgré l'élévation du contingent survenue depuis les traités, a vivement préoccupé les esprits, dans le monde judiciaire et au dehors. Elle a donné lieu à de nombreux procès dans lesquels des intérêts graves ont paru d'abord engagés. Les recueils<sup>1</sup> ont publié les arrêts rendus en sens opposé par les Cours impériales; la *Revue* elle-même a donné à ses lecteurs deux dissertations<sup>2</sup> dans lesquelles la difficulté a été diversement résolue. Il faut dire pourtant que le plus grand nombre des Cours s'étaient prononcées dans le sens de la nullité des actes de remplacement : c'est ce qui augmente l'intérêt des décisions que la Cour de cassation vient de rendre.

2. La Cour, saisie de six pourvois contre autant d'arrêts ou jugements émanés des Cours impériales d'Orléans et de Douai,

<sup>1</sup> D. P., 54, 2, 129; — S. V., 54, 2, 375; — J. P., 54, 1, 452.

<sup>2</sup> *De la loi portant augmentation du contingent, etc.*, par M. Miolin, agréé au tribunal de commerce de Dijon; 1854, p. 350 et suiv. — *Dissertation sur la loi du 13 avril 1854, et son influence sur les contrats d'assurance, etc.*, par M. Girard de Vasson, président du tribunal civil de Napoléon (Vendée); 1855, p. 441 et suiv.

et des tribunaux de commerce d'Aurillac et de Clermont-Ferrand, a rejeté ces pourvois. Le rejet, en ce qui se rapporte à quelques-unes de ces décisions, est fondé sur ce qu'elles contiennent une appréciation d'intention qui est souveraine; pour les autres, il est motivé en pur droit. C'est aussi en droit qu'a dû être motivée la cassation d'un arrêt de Grenoble qui avait jugé en sens contraire, et contre lequel avait été dirigé un septième pourvoi.

Nous avons eu l'honneur de soumettre à la Cour l'avis qu'elle a consacré. Un journal judiciaire <sup>1</sup> a reproduit nos conclusions : le nouvel examen auquel nous nous sommes livré depuis n'a fait que confirmer nos premières impressions.

3. Le système contraire se méprend à la fois, nous semble-t-il, sur les principes généraux qui régissent la matière des obligations et sur les caractères particuliers du contrat d'assurance.

4. Il est impossible de ne pas reconnaître que les traités faits par les compagnies de recrutement pour garantir les appelés contre les chances du tirage au sort, moyennant une prime, sont de véritables assurances.

Les différences qu'on a pu y relever, celles que nous avons nous-mêmes reconnues n'affectent point ce qu'il y a d'essentiel dans ce contrat. L'assurance militaire présente le caractère général et tous les traits principaux des autres assurances, terrestres ou maritimes.

Il n'y a plus, je crois, à insister à cet égard <sup>2</sup>.

5. Or les contrats d'assurance sont, excellemment, des contrats aléatoires. La loi <sup>3</sup> les classe au premier rang de ces contrats, et c'est l'idée que le mot éveille de lui-même.

6. Le propre des conventions aléatoires, c'est de soumettre celui qui a pris à sa charge l'*aléa* à tous les risques qui peuvent se rapporter à l'objet de son engagement : il n'y a d'exception que pour les risques qui ont été réservés par une clause formelle, ou tout au moins implicitement, si l'on peut reconnaître dans les termes mêmes de l'acte ou dans les circonstances exté-

<sup>1</sup> *Le Droit*, 19 janvier 1856.

<sup>2</sup> V. en particulier, sur ce point, les Observations de M. Alauzet, *J. P.*, 1854, 1, 452.

<sup>3</sup> C. Nap., 1964.

rieures la commune intention des parties. Cette commune intention est décisive dans toutes les matières de droit privé.

7. Aussi faisons-nous dépendre le sort de la plupart des pourvois de la question de fait ou d'intention. *Hoc servabitur quod ab initio convenit; legem enim contractus dedit.* (L. 23, ff., *De reg. juris.*) A la vérité, c'est, dans beaucoup de cas, la chose difficile que de reconnaître la commune intention des parties; mais enfin, en quelque sens que le juge ait cru la reconnaître et l'ait déclarée, il l'a fait souverainement. Ce n'est que lorsqu'il s'est tu à cet égard et qu'il faut y suppléer par les inductions légales, que la question de droit se présente.

Cette question alors est tout entière dans la nature et le caractère général du contrat.

8. Nous avons dit qu'il s'agissait ici d'un contrat aléatoire, et qu'il s'ensuivait que toutes les chances prévues ou imprévues, se rapportant à l'objet du contrat, étaient comprises de droit, à moins de clause contraire, dans les risques pris à sa charge par l'assureur. A ce sujet, nous avons emprunté <sup>1</sup> (d'autres l'avaient fait avant nous) de puissantes analogies au droit maritime <sup>2</sup>. Ce sont des exemples d'une grande valeur où la loi fait elle-même une application frappante du principe.

9. Nous avons aussi réfuté <sup>3</sup> l'objection tirée du cas fortuit ou de la force majeure. Il est démontré, je crois <sup>4</sup>, que la loi de 1854 n'était qu'une mesure tout à fait normale, que non-seulement il était possible de prévoir, mais qui était devenue probable, eu égard aux circonstances; qui, d'ailleurs, n'a point empêché <sup>5</sup>, dans le sens précis et absolu du mot, l'exécution du contrat, l'élévation du contingent ayant bien dû avoir pour effet de rendre les remplacements moins faciles et plus coûteux, mais ne les ayant nullement rendus impossibles <sup>6</sup>.

10. A voir les choses en elles-mêmes et dans leur nature, indépendamment des conséquences et des effets, qu'il y a loin de cet exercice régulier de l'action législative, de ce jeu naturel

<sup>1</sup> V. le *Droit* du 19 janvier.

<sup>2</sup> C. comm., art. 350. — Ord. 1684, liv. III, tit. 6, art. 26.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> V. notamment, sous ce rapport, la Dissertation de M. Girard de Vasson.

<sup>5</sup> C. Nap., 1138.

<sup>6</sup> On peut consulter comme analogues les espèces jugées par les Cours de Paris et de Rouen (S., 48, 2, 529 et 534; — 49, 2, 92).

des institutions à ces faits violents qui tout d'un coup éclatent : inondations, incendies (L. 23, ff., *De reg. juris*), tempêtes ! ou à ces autres orages dans lesquels l'homme a sa part, comme les invasions, les tumultes publics, les séditions ! Les jurisconsultes appellent ces accidents redoutables d'un nom qui montre bien à quel point l'imagination en est frappée, et où il entre non moins de crainte que de respect : *vis divina*<sup>1</sup>. Assurément la loi, qui, s'étant réservé de proportionner les ressources aux besoins, complétait par un second appel le contingent annuel, n'avait rien de ce caractère extraordinaire : pas plus que les crédits supplémentaires qui venaient, eux, de compléter *le contingent* en argent, ou l'appel successif des réserves qui jusque-là étaient restées tranquilles dans leurs foyers.

C'était une loi. Ce n'est même pas dire assez, ce n'était pas une loi comme une autre. Les lois sans doute sont toujours maîtresses : elles commandent, il faut obéir ; elles ont le pouvoir et le droit de faire et de défaire ; et même après qu'elles ont réglé le présent, elles se réservent l'avenir. Toutefois, leur œuvre faite, d'ordinaire elles se reposent ; elles laissent vivre ce qu'elles ont créé. Ici c'était la même œuvre, à laquelle on se remettait parce qu'on ne l'avait pas achevée d'un seul coup. Un premier appel, ce n'était pas nécessairement tout le contingent ; on pouvait aussi bien en faire un second. Il n'y avait au pouvoir de l'État que deux limites : l'une de nombre, l'autre de temps : — les appels successifs ne pouvaient pas excéder le chiffre de la classe ; — dans ces bornes mêmes, la fin des opérations du conseil de révision et la libération solennellement déclarée (L. du 21 mars 1832, art. 38) des appelés non compris dans le contingent de l'année rendaient ce contingent définitif. — Jusque-là le droit de l'État restait entier, et la loi en réservait l'exercice.

11. *Le fait du prince* est considéré sans doute comme un cas fortuit ou de force majeure. *On ne peut l'empêcher* ; sous ce rapport il entre dans la définition générale : *omnem vim cui resisti non potest*<sup>2</sup>, mais cela ne suffit pas : il faut, de plus, qu'on n'ait pas pu le prévoir ; il n'est *cas fortuit* qu'à cette condition : *fortuitus dicitur quia provideri non potest*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Pothier, *Des obligations*, n° 142.

<sup>2</sup> L. 15, § 2, ff., *loc. cond.*

<sup>3</sup> Médicis, cité par Troplong, *Du louage*, t. 1, n° 204. — *Fortuitus casus nullum humanum consilium providere potest*. L. 2, § 7, ff., *De adm. tit.*

12. Prenons pour exemple un fait historique qui se produisit plus d'une fois à Rome dans les discordes civiles : je veux parler des confiscations militaires, des héritages donnés en récompense aux vétérans. Ce fait, dont les plaintes de Virgile <sup>1</sup> ont, mieux encore que l'histoire, immortalisé le souvenir, devait aussi laisser sa trace dans les lois. Il y a dans le Digeste, au titre *De evictionibus*, une loi que Brillouin <sup>2</sup> appelle *fameuse*, la loi *Lucius Titius* <sup>3</sup>. En voici l'espèce <sup>4</sup> : « Un certain Lucius Titius avait acheté des terres en Germanie, au delà du Rhin, et il avait payé une partie du prix. Son héritier, ayant été poursuivi par le vendeur pour solder le reliquat, fit valoir qu'une partie de ses terres avait été saisie par un édit du prince pour les nécessités de l'empire, et que l'autre avait été distribuée en récompense aux vétérans : *has possessiones ex precepto principali partim distractas, partim veteranis in præmia adsignatas*. La question était de savoir qui, du vendeur ou de l'acheteur, devait répondre de l'éviction. Paul décida que l'acheteur restait tenu du prix, la cause de l'éviction étant postérieure à la vente :  *futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere et ideo pretium prædiorum peti posse*. Et en effet, la vente étant consommée et même la délivrance, et la force majeure n'étant imputable à personne, les choses restaient dans l'état où le fait du prince les avait trouvées : l'acheteur demeurant obligé à payer son prix. *Res perit domino*.

Certes, voilà de ces injustices et de ces violences qu'il est honnête de ne pas prévoir, parce que les spoliations, les proscriptions ne sont, Dieu merci ! que des exceptions rares dans le gouvernement des affaires humaines.

13. D'autres faits, sans avoir ce caractère odieux, peuvent être tout aussi *imprévoyables*, comme disait M. Merlin <sup>5</sup>. — M. Merlin lui-même en donnait pour exemple <sup>6</sup> les lois des 24 août 1789, 15 mars 1790 et autres lois abolitives des droits féodaux. Assurément les héritiers de celui qui avait vendu cent ans, deux cents ans auparavant, des droits de cette nature n'é-

<sup>1</sup> Virgile, *Églogues* : « Barbarus has segetes ! »

<sup>2</sup> *V° Rente*, n° 76 bis. — *Répert. de jurispr.*, *v° Fait du souverain*.

<sup>3</sup> L. 11.

<sup>4</sup> Troplong, *De la vente*, t. I, n° 423.

<sup>5</sup> *Questions de droit*, *v° Loyers et fermages*, § 1.

<sup>6</sup> Aux requêtes, le 9 avril 1810. *Répert.*, *v° Fait du souverain*.



taient point responsables vis-à-vis des héritiers de l'acheteur de l'éviction que ceux-ci souffraient par l'effet de ces lois. Elles-mêmes<sup>1</sup> le décident expressément : « Il ne pourra être prétendu par les personnes qui ont ci-devant acquis de particuliers par vente ou autres titres équipollents à vente, des droits abolis par le présent décret, aucune indemnité ni restitution de prix<sup>2</sup>. »

Mais d'où cela vient-il? se demande M. Merlin<sup>3</sup>. « Uniquement de ce que toute la prudence humaine ne pouvait pas prévoir, à l'époque de la vente des droits féodaux, qu'il viendrait un temps où le législateur proscrirait ces droits; uniquement de ce qu'il est de principe que, dans les clauses de garantie les plus générales, ne sont jamais compris les cas que toute la prudence humaine ne pouvait pas prévenir à l'époque où ces clauses ont été stipulées. »

14. Après cela, il ne s'agit plus que de se demander si, à l'époque des traités, c'est-à-dire dans les derniers mois de 1853 et même en janvier, février et mars 1854, *toute la prudence humaine*<sup>4</sup> *n'eût pas pu prévoir* la guerre; bien plus, à supposer la guerre (car on admet cette hypothèse), *si toute la prudence humaine n'eût pas pu prévoir* l'élévation du contingent<sup>5</sup> !

<sup>1</sup> Art. 36, tit. 2, L. 15 mars 1790. — Art. 37, tit. 14, L. 12 avril 1791.

<sup>2</sup> Sauf le cas où la garantie des faits du prince aurait été promise expressément. C'est ainsi que Merlin, *Répert.*, v<sup>o</sup> *Fait du souverain*, limite la portée de ces lois.

<sup>3</sup> *Loc. cit.*

<sup>4</sup> *Ubi diligentissimus præcavisset, non dicitur propriè casus fortuitus.* (Sebastien Médicis, *De fortuitis casibus*, quest. 12, n<sup>o</sup> 4.) — *Fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest.* (Ulpian, L. 2, § 7, ff., *De admin. rer.*)

<sup>5</sup> Sur le fait du prince, V. Troplong, *De la vente*, n<sup>o</sup> 423, et un arrêt de la Cour d'Orléans, du 5 juin 1829, maintenu par arrêt de la chambre des requêtes, du 14 avril 1830 (D. P., 30, 1, 207) : « Attendu que les dispositions de l'ordonnance de l'électeur Guillaume, du 48 janvier 1814 (il s'agissait d'une donation immobilière faite par Jérôme Bonaparte, et que l'électeur de Hesse, Guillaume, avait annulée en reprenant possession de ses États), ne sont que la déclaration d'un droit préexistant; qu'ainsi la dépossesion qui est le résultat de cette ordonnance prend sa source dans une législation préexistante; qu'elle a une cause antérieure au contrat de vente; qu'elle ne peut être considérée comme un acte de pleine puissance (*ex plenitudine potestatis*; Brunemann, sur la loi 11, ff., *De evict.*), qui n'a sa source que dans la volonté ou le caprice du prince, et qu'ainsi elle ne peut être considérée comme un fait de force majeure. » — De même ici la cause était antérieure au contrat, car elle était dans la faculté légale de modifier le contingent jusqu'à la clô-

15. Du reste, *le fait du prince*, comme toute autre force majeure, n'est une cause légale de résolution que lorsqu'il porte sur l'objet même de la convention (art. 1126); qu'il y a *perte de la chose* (art. 1234, 1302), et que l'accomplissement de l'obligation est ainsi rendu impossible. C'est le cas de la maxime : *Obligatio, quamvis initio rectè constituta, extinguitur si incidit in eum casum à quo incipere non poterat*<sup>1</sup>. Nous avons, dans nos conclusions plus haut citées, rappelé les principes de la matière; qu'il nous soit permis d'y renvoyer<sup>2</sup>. Ces règles du droit commun suffiraient ici, indépendamment du caractère aléatoire de la convention; mais, d'un autre côté, ce caractère aléatoire du contrat est suffisant lui-même pour justifier la doctrine de la Cour.

16. C'est une chose remarquable, disons-le en finissant, que la confiance avec laquelle les défenseurs de cette opinion tournaient les yeux vers la Cour de cassation. Dans un temps où les Cours impériales se prononçaient en majorité pour l'opinion contraire, M. Alauzet écrivait<sup>3</sup> : « Nous ne mettons pas en doute, quant à nous, que la Cour de cassation, si la question lui est déférée, ne maintienne dans toute son intégrité la foi due aux contrats. Il sera trop tard sans doute pour que sa décision change rien aux faits qui seront désormais accomplis pour la plupart des contractants; mais il est d'une haute importance, à notre avis, que la Cour suprême, dans la sphère élevée où elle est placée, reste la gardienne des lois comme des principes de justice et de morale sur lesquels elles sont fondées. » « Nous sommes pleins de l'espérance que la Cour de cassation ramènera la jurisprudence dans les voies saines du droit, » disait, de son côté<sup>4</sup>, M. Girard de Vasson.

17. Cette confiance n'a pas été trompée. Le temps, croyons-nous, a profité à la vérité. Quand des questions auxquelles il a été donné d'abord d'exciter l'attention publique et même d'ébranler à un certain degré l'opinion arrivent dans nos régions paisibles, elles ont beaucoup perdu de leur vivacité. Le bruit de la ture des opérations et à la déclaration de libération définitive. Ce n'était pas un coup de force ou d'autorité, c'était le cours naturel des lois.

<sup>1</sup> L. 14, § 2, ff. *De verb. oblig.*; — § 2, *Instit. de univ. stip.*

<sup>2</sup> Junge, *Quest. de droit*, v<sup>o</sup> *Loyers et fermages*, § 1 : « L'obligation n'a pas pu survivre à sa matière; elle s'est anéantie avec elle. » — Et Zachariæ, t. II, § 33. — V. aussi Domat, liv. I, tit. 1, art. 6.

<sup>3</sup> *J. P.*, 1854, 1, 52.

<sup>4</sup> Dissertation plus haut citée.

s'est tu ; la controverse s'est lassée. Ce calme et ce silence sont les meilleures conditions pour la recherche de la vérité. L'esprit y voit mieux ; le droit pur se dégage plus librement dans cette atmosphère sereine.

18. La conscience aussi est plus à l'aise quand il y a moins à se préoccuper des conséquences de la décision. Ici, des intérêts très-nombreux et très-considérables pouvaient se trouver engagés. S'il fût intervenu de suite une solution contraire aux compagnies d'assurance, il en fût résulté de grands dommages. Mais des transactions prudentes ont prévenu ou arrêté le plus grand nombre des procès. On ne saurait trop s'en applaudir. C'est une satisfaction qu'on n'a pas toujours, quand il faut corriger des erreurs de doctrine sur des questions aussi graves et dans des matières d'un intérêt aussi général. Dans le conflit des prétentions opposées, ce que l'on fait pour l'un tourne nécessairement contre l'autre : il faut s'y résigner ; mais on doit désirer de ne blesser que le moins possible les intérêts (si ce sont encore des intérêts honnêtes) qu'on ne peut pas servir. La justice et la vérité voudraient pouvoir ne rien coûter à personne.

II. — (CHAMBRE CIVILE : 21 JANVIER 1856. — *Priou contre Daulot.*) — 1. *Electâ undâ viâ non datur recursus ad alteram.* Cette maxime, qu'on a plus d'une fois poussée jusqu'à l'abus, et dont les auteurs modernes<sup>1</sup> se sont attachés à expliquer le sens et à limiter la portée, est, sans difficulté et de l'avis de tout le monde<sup>2</sup>, applicable au cas où, après avoir exercé l'action en réduction de prix connue en droit sous le nom d'action *quantî minoris*, l'acheteur en revient plus tard, pour le même objet, à l'action en résolution avec restitution du prix total. L'article 1644 du Code Napoléon laisse le choix libre entre ces deux actions ; exercer l'une, c'est renoncer à l'autre. Elles ne peuvent en effet s'accorder. En me bornant à demander une réduction de prix, je montre assez que j'entends garder la chose ; je ne peux donc plus rendre cette chose en me faisant restituer le prix tout entier.

2. Mais y a-t-il exercice antérieur de l'action *quantî minoris*, et, par suite, fin de non-recevoir opposable à l'acheteur qui

<sup>1</sup> Merlin, *Quest. de droit*, v<sup>o</sup> *Option*, § 1. — Toullier, t. X, n<sup>o</sup> 170 et suiv. — Fremerville, *Journal des avoués*, 1849, p. 431 et suiv.

<sup>2</sup> Merlin, *loc. cit.* — Toullier, t. X, n<sup>o</sup> 163 et 176. — Troplong, *De la vente*, n<sup>o</sup> 581.

agit plus tard en résolution, dans le cas où cet acheteur ayant rétrocedé l'immeuble, et le sous-acquéreur ayant demandé contre lui la résolution de ce second contrat; l'acquéreur intermédiaire a appelé le premier vendeur à sa garantie et obtenu une condamnation récursoire?

La Cour d'Alger avait décidé l'affirmative par un arrêt en date du 20 mars 1854, dans une espèce où le sous-acquéreur avait obtenu contre son vendeur immédiat, en même temps que la résolution de la seconde vente, la restitution d'une somme de 13,700 francs qu'il lui avait payée sur le prix. Sur le recours formé incidemment par le défendeur originaire contre son propre vendeur, celui-ci avait été condamné à le relever indemne et notamment à lui rembourser les 13,700 francs, ce qu'il avait fait. Pouvait-on après cela le poursuivre de nouveau, directement, en résolution de la première vente? — Il s'agissait d'une maison dont l'autorité municipale avait ordonné la démolition par mesure de sûreté publique; la demande en résolution était fondée sur la perte de la chose (art. 1647 C. Nap.); il faut remarquer encore que déjà cette démolition avait été ordonnée avant le procès entamé par le sous-acquéreur.

Nous avons dit que la Cour d'Alger s'était prononcée en faveur du vendeur primitif, en rejetant la seconde action par fin de non-recevoir. Celui-ci s'est pourvu; la Cour a cassé.

3. On ne pouvait, en effet, assimiler le recours en garantie dirigé contre le premier vendeur, incidemment à l'instance engagée par le sous-acquéreur, à une demande principale en réduction du prix que l'acquéreur aurait directement formée contre celui de qui il tenait la chose. Ce n'était de sa part qu'une défense; il ne demandait à son vendeur qu'une chose: c'était de le débarrasser de l'action formée contre lui ou de le décharger des condamnations qui pourraient intervenir. Il s'effaçait, pour ainsi dire, et laissait en présence, d'une part son vendeur, de l'autre son sous-acquéreur, n'étant plus, lui, que simple spectateur du combat. Pouvait-il faire autre chose? il n'y avait pas pour lui de choix à exercer entre deux actions. Il ne renonçait donc à rien, et ses droits contre son vendeur restaient entiers, s'il avait lui-même à agir directement et pour son propre compte. Le seul contrat dont il s'agit alors, c'était la seconde vente; la première restait en dehors du débat, si ce n'est sous le rapport restreint de la garantie qui y trouvait son fonde-

ment. Considérée sous un autre rapport, cette seconde vente pouvait très-bien devenir plus tard l'objet d'une seconde instance. Cette autre demande serait-elle fondée ? C'était une autre question ; mais quant à la repousser par *fin de non-recevoir*, ainsi que l'avait fait la Cour d'Alger, le premier procès n'y autorisait nullement. La solution dépendait des circonstances.

Il y avait si peu renonciation à l'action en résolution par le fait de l'exercice du recours en garantie, qu'on ne voit pas trop comment l'acquéreur intermédiaire aurait pu agir autrement contre son vendeur, et faire plus qu'il n'avait fait. Si, au lieu de s'en tenir à de simples conclusions récursoires, il eût demandé, par voie principale, la résolution de la première vente, de même que la résolution de la seconde était poursuivie contre lui par le sous-acquéreur, le premier vendeur eût pu répondre qu'il n'était pas permis d'enter sur le procès qui était pendant une seconde demande principale introductive d'instance, ayant elle-même ses formes propres et son préliminaire obligé. Il eût pu même exciper de l'incompétence du tribunal, si ce tribunal n'était pas celui de son domicile.

Le recours en garantie était donc la seule action permise, et ce recours n'impliquait l'abandon d'aucun autre droit ou action. Il n'y avait point eu, dans l'espèce, de demande en réduction de prix ou *quantum minoris* ; le terrain restait libre pour l'instance en résolution, s'il y avait lieu.

III. — (CHAMBRE CIVILE : 26 DÉCEMBRE 1855. — *Rapporteur, M. Laborie.*) — *Devant les tribunaux de commerce, les témoins doivent-ils prêter serment, à peine de nullité ?*

La question étonne d'abord : *quid non ?* C'est là, semble-t-il, toute la réponse. Peut-être, en effet, est-ce bien ainsi que la question doit être résolue ; mais il n'y a point à s'excuser de la poser.

1. L'article 642 du Code de commerce renvoie, pour la forme de procéder devant les tribunaux de commerce, au titre 35, livre 2, 1<sup>re</sup> partie, du Code de procédure civile. Dans ce titre 35, un article se trouve, l'article 642, qui dispose : « Si le tribunal ordonne la preuve par témoins, il y sera procédé dans les formes ci-dessus prescrites pour les enquêtes sommaires. »

Voilà donc un second renvoi. Celui-ci nous ramène aux articles 410 et 411 du Code de procédure civile : 410. « Lorsque le jugement ne sera pas susceptible d'appel, il ne sera point dressé

procès-verbal de l'enquête ; il sera seulement fait mention dans le jugement des noms des témoins et du résultat de leurs dépositions. » — 411. « Si le jugement est susceptible d'appel, il sera dressé procès-verbal qui contiendra les serments des témoins, leurs déclarations s'ils sont parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, les reproches qui auraient été formés contre eux et le résultat de leurs dépositions. »

Le Code, on le voit, prévoit ici deux cas différents, et ce n'est que dans l'un de ces cas, lorsque le jugement est susceptible d'appel, qu'il exige qu'il soit fait mention du serment des témoins. En peut-on conclure que ce n'est que dans ce cas que les témoins doivent prêter serment? Ce serait interpréter la loi d'une manière déraisonnable. Il n'y a, en effet, aucun motif de distinguer : le serment est toujours également nécessaire. La loi, d'ailleurs, dans ces deux articles, n'a pas pour objet les faits eux-mêmes, mais la manière de les constater; elle n'y dit pas ce qu'on devra faire, elle dit seulement ce qu'on devra mentionner.

Il n'y a pas non plus à se préoccuper de l'article 413 qui détermine, d'une manière limitative en apparence, celles des dispositions prescrites pour les enquêtes ordinaires dont l'observation est exigée dans les enquêtes sommaires. Là encore il ne s'agit que de simples *formalités*, ainsi que l'article lui-même prend soin de l'exprimer; or le serment est mieux qu'une *formalité*; c'est une garantie essentielle. Il n'y a point dans notre droit français de témoin sans serment.

L'article 35 du Code de procédure, au titre des enquêtes en matière de justice de paix <sup>1</sup>, peut servir d'exemple à cet égard; car il n'y a évidemment aucune raison pour exiger plus des témoins entendus en justice de paix que de ceux dont les tribunaux civils de première instance, en matière sommaire, ou les tribunaux de commerce reçoivent les dépositions.

Mais si l'article 35 est une preuve, peut-être surabondante, que même dans les matières les plus simples les témoins doivent prêter serment, cet article peut donner lieu lui-même à une difficulté sur le point de savoir, non plus si le serment est prescrit, mais s'il l'est à peine de nullité. La nullité, en effet, n'est pas

<sup>1</sup> 35. « Au jour indiqué, les témoins, après avoir dit leurs noms, profession, âge et demeure, feront le serment de dire la vérité, et déclareront, etc. »

écrite dans l'article 35, non plus qu'elle ne l'est, nous l'avons vu, dans l'article 410, qui ne parle pas du tout du serment, ni même dans l'article 411. Ici, l'omission est plus frappante parce que la loi y prescrit positivement le serment, et que c'était bien, semble-t-il, la place de la sanction si l'on voulait qu'il en eût une. Aussi quelques auteurs<sup>1</sup> estiment-ils que devant le juge de paix le défaut de prestation de serment ne vicie pas la déposition.

Cette opinion est inacceptable. Elle abuse du texte contre l'esprit; elle n'a même pour elle que le silence de la loi dans une disposition particulière. Ce silence ne saurait prévaloir contre les principes. C'est le serment qui fait le témoin, en quelque matière et devant quelque juridiction que ce soit. L'article 262 du Code de procédure civile, au titre des enquêtes en matière ordinaire<sup>2</sup>, est déclaratif du droit commun. Ce n'est pas seulement dans les procédures ordinaires que la loi attache du prix à la vérité, et qu'elle considère le serment, qui prend Dieu même à témoin, comme en étant la garantie la plus sûre.

Les auteurs que nous avons cités opposent un arrêt de la chambre des requêtes, en date du 19 avril 1810, où il est dit en effet « que le Code de procédure n'a pas attaché la peine de nullité à la disposition de son article 35, portant que les témoins qui seront entendus dans les justices de paix feront serment de dire la vérité. » Cela est vrai, la sanction n'est pas expresse; mais la question, nous l'avons vu, est de savoir si l'omission ou le silence de la loi dans une disposition particulière déroge aux règles générales, ou si plutôt la loi alors n'est pas censée s'y référer tacitement.

La difficulté dans cette affaire ne portait pas précisément sur l'obligation du serment, mais plutôt sur la manière de le prêter. Le juge de paix s'était contenté de *la promesse de dire vérité*; ce n'était pas assez : *promettre*, ce n'est pas *jur*er; mais enfin il n'y avait pas absence complète d'engagement et de garantie.

Quelle que soit la portée de cette observation, qui ne suffit point à nos yeux pour justifier l'arrêt du 19 avril 1810, du moins

<sup>1</sup> Berriat-Saint-Prix, p. 375, n° 11, et p. 296, n° 59, 5<sup>e</sup> édit. — Favard, *Répert.*, t. II, p. 372. — Carré et Chauveau, t. I, n° 156.

<sup>2</sup> « Les témoins seront entendus [séparément...]; chaque témoin fera serment de dire vérité : le tout à peine de nullité. »

pouvons-nous dire que cet arrêt n'a point fait jurisprudence.

La chambre civile avait rendu, le 13 août 1832, un arrêt en sens contraire, arrêt qui casse : « Attendu que les témoins entendus dans l'enquête doivent, avant de déposer, prêter le serment prescrit par la loi à peine de nullité. » Tel est bien, en effet, le principe. Un arrêt ne pouvait l'obscurcir.

Entre ces deux précédents, dont le dernier était d'autant plus applicable qu'il avait été rendu dans une espèce où il s'agissait, comme ici, d'une enquête faite devant un tribunal de commerce, la Cour, appelée de nouveau à examiner la question, n'a point hésité. C'est la doctrine de l'arrêt du 13 août 1832 qu'elle a confirmée.

2. Dans cette même affaire se présentait une autre question, relative aussi à cette matière des enquêtes, qui pouvait paraître susceptible de plus de difficulté. Une fois admis qu'en matière commerciale et même en toute matière sommaire les témoins doivent prêter serment, à peine de nullité, reste à savoir comment la prestation de serment doit être constatée. L'art. 411 répond à la question pour le cas où le *jugement est susceptible d'appel* : dans ce cas, un procès-verbal est dressé, et ce procès-verbal doit contenir, entre autres mentions, celle du serment des témoins. Mais lorsque le jugement est en dernier ressort, et que pour ce motif<sup>1</sup> il n'est point dressé procès-verbal de l'enquête, comment doit-il y être suppléé en ce qui a trait à la mention du serment? Dans ce cas, suivant ce que dispose l'article 410, le jugement, sous certains rapports, tient lieu de procès-verbal : il y est fait mention des noms des témoins et du résultat de leurs dépositions; en doit-il être ainsi du serment?

J'ai dit que la question n'était pas sans difficulté.

D'une part, en effet, la loi indique certaines énumérations que le jugement doit contenir, et celle-ci n'est pas du nombre : l'article 410 se sert même de termes restrictifs qui semblent exclure tout ce qui n'y est pas nominativement compris : *il sera seulement fait mention*, etc.; d'une autre part, il y a une différence de rédaction très-frappante entre l'article 410 et l'article 411 : celui-ci dit du procès-verbal *qu'il contiendra les serments des témoins*; l'autre dit du jugement, quand le jugement tient lieu du procès-verbal, *qu'il mentionne les noms des té-*

<sup>1</sup> C. pr., art. 410.



*moins et le résultat de leurs dépositions* : il ne parle pas du serment.

Telles sont les raisons de douter. L'article 40 du Code de procédure, au titre des enquêtes devant le juge de paix, est bien plus complet que l'article 410 ; le jugement, dans les causes de matière à y être jugées en dernier ressort, doit, en vertu d'une disposition expresse, énoncer le serment des témoins, aussi bien que le procès-verbal, lorsqu'il est nécessaire d'en rédiger un, c'est-à-dire (art. 39) dans les causes sujettes à l'appel. Est-ce une différence que le législateur a voulu établir entre l'enquête devant le juge de paix et les autres enquêtes sommaires ?

Je ne puis le croire. Ici encore, c'est d'après les raisons générales qu'il faut se décider. Quand un jugement n'est régulier que sous certaines conditions, et que la loi n'a pas prescrit d'acte particulier pour constater l'accomplissement de ces conditions, il faut bien que le jugement lui-même se défende. A quoi eût-il servi de prescrire des conditions, si l'on pouvait se dispenser de les remplir ? Et comment savoir si elles ont été remplies, lorsque rien ne le dit ? S'il y a des conséquences à tirer de l'art. 40, c'est bien plutôt *à pari* qu'à *contrario* ; car il y a mêmes raisons de décider dans les deux cas. L'opposition n'est que dans la forme extérieure ; au fond il n'y a pas de différence.

Dans l'affaire jugée par la chambre civile, le 13 août 1832, la question fut discutée, ainsi que nous l'apprend M. Chauveau<sup>1</sup>. Le demandeur argumentait du silence du jugement pour prouver que le serment n'avait pas été prêté : l'arrêt ne s'explique pas à cet égard ; mais il paraît bien que la Cour y vit, en effet, une preuve<sup>2</sup> suffisante qu'il n'y avait pas eu prestation de serment, et c'est là, quoiqu'il ne s'en explique pas, le fondement de son arrêt.

Du reste, la décision est plus expresse dans l'arrêt que la Cour vient de rendre. Elle déclare en termes formels qu'on doit présumer qu'il n'a pas été satisfait au vœu de la loi, lorsque le jugement ne constate pas que le serment a été prêté.

3. Toutefois (après avoir reconnu un principe, il n'est pas moins important d'en préciser le sens et d'en limiter la por-

<sup>1</sup> Sur Carré, t. III, p. 494.

<sup>2</sup> « En réalité, dit M. Chauveau, *loc. cit.*, la Cour a tranché la difficulté dans le sens de la nécessité de la constatation d'une formalité si essentielle. »

tée), cette présomption est-elle de celles qui n'admettent pas la preuve contraire? En d'autres termes, ne serait-il pas permis de suppléer au silence du jugement par une preuve extérieure, *verbi gratia* par un certificat du greffier, ou par un procès-verbal qu'aurait rédigé cet officier public? — Une preuve de ce genre a été admise par la Cour de Besançon, dans un arrêt du 18 juin 1818, dont les termes ne sont pas rapportés textuellement par les arrêtistes; M. Dalloz<sup>1</sup> en présente ainsi la décision: « Aucune disposition du Code de procédure ne prescrit de rappeler dans la rédaction des jugements rendus en matière sommaire, que les témoins entendus à l'audience y ont prêté serment. Il en est de même des autres formalités dont l'observation est de rigueur. Il suffit qu'il soit justifié d'ailleurs qu'elles n'aient point été omises, et cette preuve peut résulter d'un procès-verbal rédigé par le greffier du tribunal, constatant que l'on s'est conformé aux formes établies par les articles 408, 413 et suiv. du Code de procédure. »

M. Chauveau (n° 1484 *bis*) paraît improuver cet arrêt. Nous ne voyons pas, quant à nous, en quoi cette doctrine est reprochable. Sans doute, il est de principe qu'un jugement doit contenir la mention de toutes les formalités essentielles qui le constituent et se rendre ainsi témoignage à lui-même. Aucun acte ne peut suppléer le jugement pour ce que le jugement doit contenir; mais il ne s'agit point ici d'une formalité propre au jugement, comme l'est la mention de la publicité, celle du nom des juges, etc. Au criminel, ce n'est point le jugement qui constate le serment: c'est le procès-verbal des débats (C. instr. crim., art. 372) devant les Cours d'assises; en police correctionnelle, et en simple police, ce sont (C. instr. crim., art. 155, 171, 189, 211) de simples notes tenues par le greffier. Et même on s'est demandé (ch. crim., 5 mai 1820 et 1<sup>er</sup> juin 1838, — *Répert. de droit crim.*, par M. Morin, v° *Témoin*, n° 74) si le jugement lui-même pouvait bien les remplacer. Au civil, c'est bien encore un acte distinct du jugement que la loi préfère pour la constatation des formalités des enquêtes, et cela devant toutes les juridictions (C. pr., art. 318, 275, 411). Si, dans des affaires d'un moindre intérêt, elle se contente de mentions consignées au jugement, ce n'est que par exception. Pourquoi

<sup>1</sup> Rec. alph., 1<sup>re</sup> édit., v° *Matières sommaires*, p. 385, et *Rép.*, 2<sup>e</sup> édit., au même mot, p. 65. — V. aussi *Journal des avoués*, t. XVI, p. 336.

cette exception deviendrait-elle elle-même une règle impérieuse et absolue, à tel point que ce que la loi semblait n'admettre que par tolérance, faute de mieux, serait trouvé préférable à tout autre mode, et en particulier à celui qui, jusque-là, lui avait été si clairement préféré? — Cela encore serait sans raison.

Il y a plus, le jugement qui, sous les autres rapports, présente sans doute toutes les garanties désirables, en offrirait-il bien d'aussi sûres sous celui dont nous nous occupons? Ce n'est pas dans les motifs ni dans le dispositif, c'est-à-dire dans la partie du jugement qui est l'œuvre du juge, que se trouvent la mention du serment et les autres mentions relatives aux enquêtes; c'est dans les *qualités* du jugement. Or, en matière de commerce (nous avons dit que c'était d'une affaire commerciale qu'il s'agissait dans notre espèce), les articles 142 et suivants du Code de procédure civile sont nécessairement sans application, puisqu'il n'y a pas d'avoués; fort souvent, dans les petits tribunaux, c'est la partie qui a gagné son procès qui rédige les qualités, et elles passent dans le jugement sans avoir été soumises au contrôle de l'autre partie. Quelle sûreté peut offrir un document ainsi préparé? Régulièrement<sup>1</sup>, il est vrai, c'est le greffier lui-même qui les rédige, et un droit lui est alloué pour cela: le jugement alors a, même dans cette partie, l'autorité qui s'attache à tout acte dressé par l'officier public compétent, et la surveillance du juge vient encore augmenter la juste confiance que le greffier inspire; mais il en est ainsi, et tout aussi bien, du procès-verbal dont nous supposons l'existence. La destination spéciale de cet acte le recommanderait même plus particulièrement à l'attention du juge et à la confiance des parties. Il n'y aurait de difficulté que par rapport à la taxe, l'acte n'étant pas prescrit dans ce cas.

Ainsi donc nous n'hésiterions pas à admettre comme preuve, dans le silence du jugement, un procès-verbal *ad hoc* dressé par le greffier. Il ne nous paraît même pas douteux que c'est le mode de preuve que la loi préfère, et qu'elle exigerait également dans tous les cas si, dans les affaires de peu d'importance, elle ne tenait surtout à simplifier la procédure et diminuer les frais.

<sup>1</sup> Ordonn. du 9-12 octobre 1825, art. 1, n° 1. — Arrêté du gouvernement provisoire du 8-11 avril 1848. — Chauveau, *Formulaire*, t. I, p. 366.

Quant à un certificat délivré après coup, il serait loin d'avoir, à nos yeux, la même autorité. La loi nous semble n'admettre que deux sortes d'actes : le jugement lui-même ou bien, et mieux encore, un procès-verbal. De simples certificats ne sauraient équivaloir à ces actes solennels. La loi s'en défie. Il faut que la vérité soit constatée de suite et dans les formes qui, seules, ont paru offrir de suffisants motifs de sécurité.

IV. — (CHAMBRE CIVILE : 11 DÉCEMBRE 1855. — *Enregistrement contre Eudore Maydiou.*) — 1. En droit commun, la matière des soultes ne présente que peu de difficultés. « L'inégalité des lots en nature se compense par un retour, soit en rente, soit en argent » (C. Nap. 833); le grand principe consacré par l'article 883 s'applique à ces retours comme à tout ce qui compose la masse héréditaire. Il en était de même dans notre ancien droit.

Mais il en était et il en est encore autrement par rapport à la loi fiscale : le principe que le partage n'est que déclaratif, et n'emporte point transmission de propriété, reçoit exception en ce qui concerne les soultes ou retours, quand il s'agit de l'application des droits d'enregistrement; chaque copartageant alors est censé acquérir ce qui arrive ainsi dans son lot, et il est redevable au fisc pour cette acquisition, comme il le serait pour une vente proprement dite (L. 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 2; 69, § 5, n° 7, et § 5, n° 5).

Pourquoi cette différence? Il est peut-être plus facile d'en donner la raison historique que de l'expliquer logiquement.

2. On sait que le droit proportionnel d'enregistrement a remplacé le centième denier, comme le droit fixe tient la place du contrôle. Le droit de centième denier avait été établi par un édit de décembre 1703, expliqué depuis et complété successivement par divers édits, arrêts de règlement ou déclarations de 1704, 1705, 1706 et 1708. A cette époque, et depuis longtemps déjà, les partages avaient cause gagnée contre le fisc; mais on ne s'accordait pas sur les raisons légales de cet affranchissement des droits de mutation. Les motifs même qu'en donnait la doctrine l'expliquaient assez mal, il faut en convenir, et il était visible qu'après avoir admis une exception à la rigueur de la règle par l'intérêt qu'inspirait un acte en effet très-favorable, et par une sorte d'instinct d'équité, on était embarrassé pour justifier cette faveur.

Les jurisconsultes, en effet, reconnaissaient que le partage

opérait transmission et contenait une aliénation ; ils ne différaient qu'en ce que les uns<sup>1</sup> reconnaissaient dans cette aliénation les caractères ordinaires de la vente ou de l'échange, tandis que, pour les autres, c'était un contrat mixte, participant, il est vrai, des modes ordinaires d'aliénation, mais ayant néanmoins sa nature propre et distincte<sup>2</sup>. Il était dès lors assez difficile d'expliquer doctrinalement, d'une manière satisfaisante, l'exception dont jouissaient les partages ; car toute aliénation, nécessaire ou non<sup>3</sup>, sous un nom ou sous un autre, semble bien devoir rester sujette au droit de mutation.

En fait, la faveur de l'acte ne l'emportait pas moins sur la rigueur logique. Cette faveur même une fois admise en principe, on l'avait étendue, par voie de conséquence, aux soultes ou retours de partage, qui, malgré la décision contraire de plusieurs coutumes, étaient déjà généralement affranchis des droits de lods et ventes. Il n'en avait pas été toujours ainsi : « Il paraît, dit M. Henrion de Pansey<sup>4</sup>, que jusque vers le commencement du XVI<sup>e</sup> siècle, toutes les fois qu'il y avait dans un partage, soulte ou récompense en argent, on estimait cela le prix d'une vente, et que les portions des cohéritiers étant cédées et comme vendues moyennant cette soulte, devaient être assujetties aux droits. »

Cette considération qu'il y avait vente ou cession de la part du cohéritier qui avait droit à la soulte, et par conséquent acquisition et payement de la part du cohéritier qui la fournissait, cessait d'être décisive dans le système de ceux qui, tout en admettant que le partage lui-même contenait aliénation et opérait transmission, ne s'en tenaient pas moins pour légalement affranchis du droit de mutation, sous prétexte que cette aliéna-

<sup>1</sup> Habet quidem divisio omnis inclusam in se alienationem. (Dargentré, sur l'article 78 cout. de Bretagne, note 4, n° 3.)

Etsi omni divisioni inest alienatio, tamen cum ea necessaria sit, nulla addeitur laudimia. (Dargentré, *De laudimis*, § 53. — Champ. et Rigaud, t. III, n° 2664 et 2671.)

<sup>2</sup> Est enim divisio contractus mixtus, participans de distractu et contractu, et de permutatione et venditione et tamen propriam et distinctam habet naturam, et sic hoc nonobstante, totus contractus dicitur divisio et consequenter nulla debentur jura pro re assignatâ, etiam pro ratâ pecuniæ datæ. (Dumoulin, § 33, gl. 1, n° 73. — Champ. et Rigaud, *loc. cit.*)

<sup>3</sup> Tamen cum ea necessaria sit, etc. (Dargentré; V. plus haut.)

<sup>4</sup> *Ancien Répertoire*, v° *Relief*. — Champ. et Rigaud, *loc. cit.*

tion *était nécessaire* : les retours aussi pouvaient devenir nécessaires dans les partages et l'étaient en effet fort souvent ; mais il était vrai que là où on faisait de l'aliénation, dont on voulait bien encore reconnaître les caractères dans les partages, quelque chose de particulier qui n'était ni vente ni échange proprement dits, la soulte pouvait être très-logiquement soumise à d'autres principes, parce qu'elle contient, elle, proprement et précisément, une vente, et qu'il ne s'y mêle, pour celui qui la reçoit, aucun caractère d'indivision.

Toutefois, la jurisprudence avait donné tort aux seigneurs : ils avaient perdu sur cela leurs droits ordinaires de lods et ventes ; il en fut autrement du centième denier quand on l'établit : beaucoup moins, il faut le dire, par l'effet d'une différence naturelle entre les deux choses, que parce que le fisc royal faisait lui-même sa condition et qu'il ne trouvait point chez les jurisconsultes ces adversaires obstinés qui n'avaient cessé de battre en brèche les droits seigneuriaux et même la féodalité tout entière au grand profit de la royauté. « En général, est-il dit au *Dictionnaire des domaines*, v° *Partage*, § 3, n° 3, on favorise les premiers actes qui sont faits entre cohéritiers et copropriétaires pour faire cesser l'indivis des biens qu'ils possédaient en commun. Cette faveur, *relativement aux droits seigneuriaux*, n'empêche pas que, dans toute coutume indistinctement (il y avait des coutumes qui, dans ce cas, accordaient les lods et ventes), *le droit de centième denier* ne soit dû pour la soulte ou retour. » Pourquoi? « Parce que ce droit a ses principes généraux, qui dépendent des lois du prince et non des dispositions des coutumes. » — Sans doute ! Mais ces *principes* eux-mêmes, sur quoi reposaient-ils ? et quelle était ici la différence rationnelle entre les droits du prince et ceux des seigneurs ? Voilà ce que ne disait pas le domaniste.

3. Aujourd'hui le partage *est déclaratif et non point attributif*. Tel était bien aussi le dernier état de l'ancien droit. Le principe s'était dégagé de plus en plus, et il en était arrivé à cette formule précise : « Le partage<sup>1</sup> est un acte déclaratif de propriété de la portion échue à chacun des cohéritiers ou copropriétaires. Jusqu'au partage, chacun a un droit indivis dans la totalité des biens ; mais le partage, en réalisant le droit de

<sup>1</sup> *Dict. des domaines*, déjà cité.

chacun et en déterminant ce qui doit lui appartenir, fixe sa propriété distincte, et le rend propriétaire absolu de ce qui lui était échu. Chaque copartageant est même censé, par une fiction de droit, avoir eu cette propriété spéciale dès l'instant de l'ouverture de la succession ou du titre commun, à l'effet d'assigner sur sa portion les droits de ses créanciers, et d'en dégager le surplus des biens qui étaient communs avant le partage.»

Ainsi le partage est dégagé désormais de tout caractère, de tout mélange d'aliénation. Ce n'est ni l'*aliénation nécessaire* de Dargentré, ni le *contrat mixte* de Dumoulin. Le copartageant n'acquiert rien, il ne reçoit que ce qui est à lui. Il ne peut donc être dû de droit de mutation, puisqu'il n'y a pas de mutation. De cette manière, aucune contradiction ne reste plus entre l'affranchissement dont jouit le partage et le paiement auquel est soumis le *retour*. Il est bien certain, en effet, que si, en recevant sa part d'un objet indivis on n'acquiert rien, on acquiert quelque chose en recevant plus que sa part dans cet objet; et dès lors il est tout aussi simple de payer le droit pour cette acquisition qu'il le serait de le payer pour toute autre. Seulement on peut dire que si le caractère purement déclaratif du partage ne tient qu'à ceci, à savoir que chaque copartageant ne recevant que sa part dans la chose commune n'acquiert rien, il en devrait être autrement, même en droit civil, quand il est attribué à l'un des copartageants plus que sa part virile dans cette chose commune. Le retour qu'il paye de son côté n'est pas non plus, pour celui qui le reçoit, une part de la chose indivise, mais une autre chose qui remplace pour lui la part à laquelle il avait droit dans l'objet commun. D'où il suit bien, semble-t-il, que, quoi qu'il en puisse être du partage pour tout le reste, en cela du moins il est titre d'acquisition, même suivant les principes du droit civil.

La réponse à cette difficulté est que la loi écrite considère non pas les droits respectifs antérieurs au partage, mais le résultat des opérations, et qu'elle applique son principe à *tous les effets compris dans chaque lot*, de quelque manière qu'ils y arrivent, tandis que la loi fiscale en réduit l'effet au droit de chacun dans le tout. En d'autres termes, la loi civile se contente d'une fiction (car ce n'est pas autre chose; elle-même le dit: «Chaque cohéritier est *censé*, etc.); et elle l'étend à son gré, suivant ce qu'elle croit utile. La loi fiscale, au contraire, s'en

tient à la réalité; et ne prétendant rien <sup>1</sup> sur le partage proprement dit, parce qu'il n'est qu'une division, elle réclame, à l'ordinaire, son droit proportionnel (loi 22 frimaire an VII, art. 4) sur toute transmission de propriété ou de jouissance mobilière ou immobilière, que cette transmission ait lieu à l'occasion d'un partage ou autrement.

De ces deux systèmes, celui de la loi fiscale est le plus rationnel, on ne saurait se le dissimuler; mais puisqu'il fait aux retours de partage une condition particulière plus onéreuse, il importe d'autant plus, par rapport aux droits d'enregistrement, de se faire une idée exacte de ce qu'on doit entendre par soulte ou retour.

4. « La part d'un cohéritier est une portion de tout ce qui compose l'hérédité, sans que ce soit plutôt une chose qu'une autre; on n'est point astreint à diviser chaque chose en particulier: le partage déclare et réalise la part de chaque cohéritier, et cette part peut consister en immeubles comme en meubles ou effets de l'hérédité, sans donner ouverture à d'autres droits que celui de contrôle <sup>2</sup>. — *Mais s'il est échu à l'un des cohéritiers ou autres copartageants des immeubles au delà de ce qui doit composer la part, et qu'il soit tenu de faire raison de l'excédant à ceux qui sont moins partagés, soit en leur faisant une rente, soit en leur payant une somme en deniers, c'est ce qu'on appelle soulte ou retour de lot* <sup>3</sup>. » Il n'est question, dans cet exemple, que de l'inégalité provenant d'un lot en immeubles; il est sensible qu'il en serait de même, de quelque nature de biens que le lot trop fort se composât. L'article 833 C. Nap. dit d'une manière générale: « L'inégalité des lots en nature se compense par un retour soit en rente, soit en argent. »

Mais la masse à partager ne se compose presque jamais d'une seule nature de biens; elle comprend des meubles et des immeubles, des biens corporels et des biens incorporels. Le vœu de la loi (C. Nap., 832) est qu'il *entre dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur*; pourtant ce n'est là qu'un vœu, et il n'est pas toujours possible de le satisfaire. Si ce partage attribue à l'un des ayants droit une part plus forte dans les

<sup>1</sup> Si ce n'est le droit fixe; mais cela tient à d'autres principes.

<sup>2</sup> Aujourd'hui, le droit fixe.

<sup>3</sup> *Dict. des domaines*, v<sup>o</sup> *Partage*, § 3.



immeubles, à un autre une part plus forte dans les valeurs mobilières, sans que d'ailleurs ni l'un ni l'autre ne reçoivent plus qu'il ne leur revient en totalité dans la masse à partager, ce n'est pas le cas *du retour de lot*. Nous venons de le voir : « La part d'un cohéritier est une portion de tout ce qui compose l'hérédité, sans que ce soit plutôt une chose qu'une autre; l'on n'est point astreint<sup>1</sup> à diviser chaque chose en particulier. » Disons encore : « La masse à partager n'est prise en considération que relativement à la valeur; les lots doivent être envisagés sous le même rapport, et tenus pour égaux si les valeurs sont égales, quelle que soit d'ailleurs la nature des biens qui les composent<sup>2</sup>. »

Aussi, « lorsque la soulte est payée en effets provenant de la succession commune, celui auquel elle est donnée n'est pas censé la recevoir de son copartageant à titre de paiement par un moyen étranger à la succession; ou considère qu'il la prend dans la succession même, jusqu'à concurrence de ce qui lui revient pour son *partage*<sup>3</sup>. » Le *Dictionnaire des domaines* présentait cette proposition comme une exception à la règle qui soumettait les *retours de lots* au droit de centième denier; ce n'est nullement une exception : dans ce cas il n'y a pas lieu à la perception du droit sur les *retours*, parce qu'il n'y a pas *retour*. Il n'y a soulte ou retour de partage que lorsque le copartageant a reçu plus que sa part totale et qu'il est obligé de payer l'excédant de ses propres deniers<sup>4</sup>. Autrement il n'acquiert rien et ne peut avoir à payer aucun droit d'acquisition.

5. Une autre conséquence de ces principes, c'est que les rapports à succession de la part de ceux des copartageants qui ont reçu des dons en avancement d'hoirie (art. 829 et 843) ne sont nullement assujettis aux droits auxquels sont soumis les *retours*. A quel titre en seraient-ils tenus? Les biens rapportés rentrent dans la masse et s'y confondent avec les autres biens. Ils servent comme ceux-ci, jusqu'à due concurrence, à composer les

<sup>1</sup> *Astreint*. Quant à ce qui convient le mieux et au vœu de la loi, nous venons de voir quel il est. *Adde* art. 826, *in principio*.

<sup>2</sup> Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. III, n° 2675.

<sup>3</sup> *Dict. des domaines*, *ibid.*, n° 7.

<sup>4</sup> Merlin, *Rép.*, v° *Partage*, § 11, n° 4. — Championnière et Rigaud, n° 2675 et 2676.

divers lots, et il n'y a nullement à distinguer sous ce rapport entre ceux des biens héréditaires qui étaient sortis des mains de l'auteur commun sous la condition d'y rentrer à sa mort, et ceux qui y sont toujours restés.

Bien plus, les biens rapportés ne sont même pas soumis au droit ordinaire de mutation par décès<sup>1</sup>, et la raison en est qu'ils ont acquitté le droit par avance lors de la donation. Les dons *en avancement d'hoirie* (leur nom témoigne de leur nature), étant pour ce qui y est compris une ouverture anticipée de la succession du donateur, ils payent, aussi par anticipation, le droit de succession; seulement, l'ayant ainsi payé au moment de la donation, ils ne peuvent pas avoir à l'acquitter une seconde fois au moment du décès.

Ce n'est que lorsque ces biens, rentrés dans la succession par l'effet du rapport, ont été attribués dans les opérations du partage à un copartageant autre que le donataire, que, s'ils excèdent la part revenant à ce copartageant, ils sont soumis au droit de soulte pour l'excédant, — de la même manière d'ailleurs que si le lot où se trouve cet excédant était composé de biens d'une autre origine; s'ils forment le lot du donataire venant à la succession, on admet<sup>2</sup> qu'ils ne sont pas assujettis au droit de retour, même pour ce dont ils excèdent la part héréditaire.

6. C'est sous l'influence des principes que nous venons de rappeler qu'a été rendu, dans une espèce où l'administration en contestait l'application, l'arrêt du 11 décembre 1855. Voici quelle était l'espèce; je la réduis au seul point dont je m'occupe en ce moment.

Les époux Maydiou, en mariant Eudore Maydiou, leur fils, lui avaient fait don par préciput d'un office d'avoué estimé 20,000 francs, dont Maydiou père était titulaire. Plus tard, les époux Maydiou firent, sous forme de donation entre-vifs, le partage anticipé de leurs biens entre leurs deux enfants : Eudore et Frédéric.

La somme de 20,000 francs, valeur de l'office d'avoué, fut comprise dans la masse des biens à partager. Cet office, nous l'avons dit, avait été donné à titre de préciput; mais les père et

<sup>1</sup> Championnière et Rigaud, t. III, n° 2523. — Dalloz, *Répert. de jurispr.*, 2<sup>e</sup> édit., v° *Enregistrement*, n° 2716 et 3730, et les délibérations de la régie qui sont rapportées dans ces deux ouvrages.

<sup>2</sup> Dalloz, *loc. cit.*, n° 2716.

mère ayant exprimé l'intention de maintenir l'égalité entre leurs deux enfants, et, pour cela, de disposer, en faveur de Frédéric, d'une valeur égale à celle de l'office qu'ils avaient donné par contrat de mariage à leur autre fils, celui-ci avait déclaré renoncer à la dispense de rapport et s'était soumis à rapporter, ce qui avait rendu inutile la disposition équivalente que les père et mère avaient eu l'intention de faire en faveur de Frédéric.

La masse à partager était de 110,000 francs en biens de différentes natures, soit 55,000 francs pour chaque copartageant. Le lot d'Eudore Maydiou composé de divers immeubles se trouva être de 76,000 francs, plus les 20,000 francs qu'il s'était obligé à rapporter à la succession pour le prix de son office. Il avait ainsi à retourner à son copartageant une somme considérable; quel était, quant aux 20,000 francs, prix de l'office, le caractère de ce retour? Était-ce une soulte ou *un retour de partage* soumis au droit de 4 p. 100, d'après les articles 68, § 3, n° 2, et 69, § 5, n° 7 et 8, de la loi du 22 frimaire an VII?

Le receveur perçut ce droit : Eudore en demanda la restitution ; le tribunal de Villeneuve-sur-Lot l'ordonna. — Pourvoi de l'administration. — La Cour a rejeté le pourvoi.

7. Ce n'a point été par les motifs qu'avait donnés le tribunal dont le jugement était attaqué. Suivant ce tribunal <sup>1</sup>, les biens donnés par préciput n'en font pas moins partie de la succession du donateur. « Attendu, portait le jugement, qu'il importe peu que dans son contrat de mariage, en date du 5 juillet 1844, Eudore Maydiou ait été gratifié par ses père et mère de la somme de 20,000 francs à titre de préciput, *le don préciputaire n'ayant point pour résultat de retrancher de la succession des donateurs l'objet donné par préciput*, mais de conférer au donataire le droit de prélever avant partage et sur la masse des biens à partager une valeur égale au préciput dont il a été gratifié, et dans la limite du disponible. » Cette doctrine était inexacte. Ce qui a été donné entre-vifs par préciput et hors part n'appartient plus au donateur, et par conséquent ne peut pas se trouver dans sa succession. Le donataire avec dispense de rapport *ne prélève pas son préciput*, comme le supposait le tribunal, il *le retient* (art. 843, 844, 924); ce qui indique qu'il en est saisi.

8. Si donc la disposition faite en faveur d'Eudore Maydiou

<sup>1</sup> Villeneuve-sur-Lot, 10 août 1854.

eût conservé son caractère primitif et que, pour compenser l'inégalité des lots, résultat d'un partage subséquent, il eût fait retour de la valeur de l'office, ce retour eût constitué une véritable soulte, puisqu'il eût été payé des deniers personnels du copartageant. Mais il n'existait plus de préciput, Eudore Maydieu n'ayant pas voulu profiter de la dispense de rapport. Dès lors, les biens donnés rentraient dans la succession : désormais ils faisaient partie de la masse, comme s'ils eussent toujours été rapportables ; Eudore, en en tenant compte à son frère pour rendre le lot de celui-ci égal au sien, n'appliquait à cet usage que des biens de la succession. Dès lors, il n'était pas dû de droit de retour, car, ainsi que nous l'avons vu, « l'abandon par un cohéritier d'une portion quelconque des biens héréditaires.... ne constitue pas une soulte ; le partage n'est soumis au droit proportionnel qu'autant que le retour consiste en deniers qui doivent être puisés dans la bourse du copartageant chargé de la payer <sup>1</sup>. » — C'est ce que la régie elle-même a reconnu dans deux délibérations du 12 juin 1832 et du 26 mai 1837<sup>2</sup>. Elle avait déjà admis le principe, dans un cas analogue, le 23 février 1825<sup>3</sup>.

9. Seulement, n'eût-il pas pu se présenter une difficulté ? Que le donataire, à titre de préciput et hors part, eût le droit de renoncer à la dispense de rapport, et que, par suite, cette renonciation fût valable, cela ne semble pas sujet à contestation, puisqu'il était maître de ses droits ; mais cette renonciation elle-même ne pouvait-elle pas être atteinte par la loi fiscale, comme toute renonciation translatrice<sup>4</sup> ? En réalité, Eudore renonçait à une donation. Il échangeait son droit privatif sur l'objet donné en un droit de copropriété ou de communauté qui n'en valait que la moitié. N'y avait-il pas dès lors transmission ? A moins qu'on ne pût dire qu'il était possible d'arriver au même résultat par une autre voie : que les père et mère avaient annoncé l'intention de faire en faveur de leur second enfant une donation par préciput, qui eût paralysé les effets de la première disposition ; qu'ainsi Eudore, en réalité, n'avait fait aucune renon-

<sup>1</sup> Championnière et Rigaud, t. III, n° 2675. — V. aussi le *Dict. des donations*, aux endroits cités plus haut.

<sup>2</sup> Dalloz, *Répert.*, 2<sup>e</sup> édit., v° *Enregistrement*, n° 2716.

<sup>3</sup> Championnière et Rigaud, t. III, n° 2724.

<sup>4</sup> Dalloz, *Répert.*, loc. cit., n° 819 et suiv.

ciation, puisqu'il n'avait paru abandonner que ce qu'il voyait qu'on allait lui reprendre indirectement? La question eût été alors de savoir s'il y avait à se préoccuper de ce que l'on eût pu faire ou s'attacher exclusivement à ce qui avait été fait.

Quoi qu'il en soit, la question n'a pas été soulevée, et la Cour n'a eu à résoudre que celle que nous venons d'examiner <sup>1</sup>.

N'y avait il pas aussi dans le sens de l'arrêt une autre considération non moins décisive? Il s'agissait d'un partage d'ascendants; or, c'est un principe certain en jurisprudence et en doctrine, aujourd'hui comme autrefois, que le droit n'est pas dû sur les soultes qui ont lieu dans les partages de cette nature. Il n'eût donc servi de rien d'imposer le caractère d'un retour de lot au rapport fait par Eudore Maydiou. On distingue cependant suivant que le partage ne comprend que les biens dont les père et mère se démettent, ou qu'on y fait entrer d'autres biens

<sup>1</sup> Arrêt du 11 décembre 1855. — *Enregistrement contre Eudore Maydiou ; rapp. M. Quesnault.* — « Attendu que les droits d'enregistrement doivent être réglés d'après les dispositions des actes lorsqu'elles ne présentent rien de contraire aux lois; attendu que si Eudore Maydiou, à qui ses père et mère avaient donné par préciput la somme de 20,000 francs formant le prix d'un office d'avoué, par son contrat de mariage du 5 juillet 1844, était, aux termes de l'article 843 du Code Napoléon, dispensé de faire le rapport de ladite somme lors du partage des biens paternels et maternels, il était libre de renoncer à se prévaloir de cette disposition pour rétablir l'égalité entre lui et son frère Frédéric Maydiou, conformément à la volonté exprimée par les père et mère donateurs dans l'acte du 14 octobre 1853, ayant pour objet le partage anticipé de leurs biens entre leurs enfants;

» Attendu qu'en effet Eudore Maydiou s'est expressément obligé à ce rapport dans ledit acte du 14 octobre 1853, en déclarant qu'il entendait le faire en numéraire;

» Attendu qu'ainsi la dette d'Eudore Maydiou pour la somme de 20,000 fr. à lui donnée par préciput, comme pour celle de 10,000 francs à lui donnée en avancement d'hoirie, avait pour cause l'obligation du rapport à laquelle il s'était soumis, et qu'en la faisant entrer dans le lot de Frédéric Maydiou, l'acte du 14 octobre 1853 attribuait à ce dernier une valeur appartenant à la masse partageable, et non une soulte qui aurait été due par Eudore Maydiou à raison de l'abandonnement à lui fait d'immeubles en excédant de ses droits.

» D'où il suit qu'en décidant que ladite somme de 20,000 francs n'était pas passible du droit de soulte, le tribunal de Villeneuve-sur-Lot n'a violé ni les articles 833 et 843 du Code Napoléon, ni les lois des 22 frimaire an VII et 18 mai 1850.

» Rejette. »

d'une origine différente appartenant aussi aux donataires <sup>1</sup>. Cette exception eût-elle été applicable à la valeur de l'office dont il avait été disposé précédemment à titre de préciput? — Question qui n'a pas été discutée <sup>2</sup>. . NICIAS-GAILLARD.

### DU BORNAGE.

Par M. A. L. MORIN, avocat.

Quand une opinion est consacrée par un long usage, quand elle a pour elle la majeure partie des auteurs les plus recommandables et une masse imposante de décisions judiciaires, il semble qu'on ne puisse la combattre sans être accusé de témérité, d'excentricité paradoxale. Néanmoins il ne peut y avoir de prescription contre la raison et l'équité; et quand on invoque les vrais principes, on se fera toujours écouter des hommes de bonne foi qui cherchent consciencieusement la vérité. Nous allons heurter de front une opinion généralement accréditée : persuadé que nous nous appuyons sur le droit, nous prions le lecteur de nous prêter un peu d'attention, et de ne se prononcer qu'après un sérieux examen.

Quand il s'agit de procéder au bornage de deux pièces de terre contiguës entre lesquelles il n'existe ni haie, ni fossé, ni aucun autre objet propre à déterminer les limites, quelle règle doit-on suivre?..... Telle est la question que nous allons examiner.

Deux cas peuvent se présenter. — Aucun des propriétaires n'accuse son voisin d'avoir commis, à une époque quelconque, d'usurpation ou d'empiétement : alors il s'agit tout simplement d'opérer d'après la possession actuelle, et de planter des bornes aux extrémités de la ligne qui sépare les héritages. — Ou bien un des propriétaires se plaint d'une usurpation ou empiétement : alors il doit être sursis au bornage jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la plainte; le plaignant agira suivant qu'il le jugera convenable, soit au possessoire, soit au pétitoire; il sera

<sup>1</sup> Championnière et Rigaud, t. III, n° 2826. — Dalloz, *loc. cit.*, n° 2669.

<sup>2</sup> Dalloz, *loc. cit.*, n° 2679.

tenu, bien entendu, de justifier ses prétentions, d'expliquer comment, à quelle époque et dans quelle étendue a eu lieu l'empiétement, et de prouver tout ce qu'il avance; puis quand le jugement rendu sur la contestation aura été exécuté, le bornage n'en sera que la consécration, et ne pourra donner lieu à aucune difficulté.

La marche que nous venons d'indiquer nous paraît dictée par le bon sens; mais la plupart des praticiens entendent les choses tout autrement. Si de deux voisins l'un demande le bornage, même quand il n'y a plainte de part ni d'autre, le juge ordonne la représentation des titres de propriété, puis l'arpentage des champs contigus, et la contenance des deux champs est répartie proportionnellement aux contenances exprimées dans leurs titres. Voyons si ce mode d'opérer peut se justifier d'après les principes du droit.

Examinons d'abord quelles sont la valeur et la portée des contrats translatifs de propriété. Celui qui cède à autrui un immeuble par vente, échange, donation ou autrement, lui transfère tous les droits qu'il avait sur l'immeuble, mais rien de plus, nul ne pouvant donner plus qu'il n'a. Il s'ensuit que l'acte qui intervient ne concerne que ceux qui y sont parties et leurs ayants cause, et ne peut en aucun cas être opposé à des tiers, à l'égard desquels il sera toujours une chose étrangère, *res inter alios acta*. Le titre par lequel j'ai acquis un champ pourra donc me servir, soit en cas de difficulté avec mon auteur, pour prouver qu'il m'a subrogé dans ses droits, soit en cas de difficulté avec des personnes qui prétendraient avoir acquis du même auteur des droits quelconques sur ce champ; enfin, en cas de difficulté avec des tiers, si j'ai à me prévaloir de ma possession, je pourrai encore invoquer le titre pour prouver que c'est à moi que doit profiter la possession de mon auteur. Mais en dehors de ces cas, je ne puis invoquer ce titre contre des étrangers, ni me prévaloir contre eux des clauses qui s'y trouvent ou de la désignation de l'immeuble que j'ai acquis.

Qu'importe donc aux tiers l'énonciation qu'il m'a plu d'insérer dans mon titre de la contenance de mon champ? Comment cette énonciation pourrait-elle leur être opposée?... Ont-ils été appelés à la contrôler, à la contredire, si elle était inexacte? Nullement..... Lors de la rédaction de mon titre, y a-t-il eu du moins intervention solennelle de l'autorité publique pour con-

stater que le champ avait réellement alors la contenance affirmée par moi ou par mon cédant, ou par tous deux, et pour vérifier que mon cédant avait réellement droit à cette contenance? Pas le moins du monde. Que l'acte ait été rédigé sous seings privés ou dans la forme notariée, peu importe : le notaire, s'il a prêté son ministère, n'a fait que recueillir nos déclarations, qu'il n'avait pas mission de contrôler; il n'a fait que prêter à nos conventions la forme authentique. Nous avons donc pu, mon cédant et moi, insérer dans cet acte tout ce que nous avons voulu; on a pu, sans opposition de qui que ce fût, assigner au champ une contenance exagérée; et cette erreur a pu être commise de très-bonne foi, de même que, dans certains cas, elle a pu être faite dans un but frauduleux. Tout le monde sait qu'il est de style, dans les actes, de stipuler que le vendeur ou cédant ne s'oblige pas à la garantie de mesure, quelle que puisse être la différence entre la contenance indiquée et la mesure réelle, de sorte qu'une énonciation exagérée ne lui impose aucune responsabilité. L'énonciation de la contenance n'est donc qu'un renseignement sans valeur, même pour les parties contractantes, et ayant uniquement pour but de servir à établir la spécification du champ, de manière à le distinguer de tout autre champ.

Et si plus tard il s'agit de fixer les limites de ce champ d'avec les champs voisins; si alors, conformément à l'usage abusif que je combats, on ordonne l'expertise, et que mon champ se trouve avoir une contenance inférieure à celle qui est indiquée dans mon titre, je pourrais rendre mes voisins responsables du déficit de mesure, et invoquer contre eux, comme une autorité irrécusable, une énonciation qui est mon œuvre seule ou celle de mon cédant; énonciation à laquelle ils ont été étrangers et qu'ils n'ont pas été appelés à contredire; énonciation qui, même dans la pensée des contractants, n'avait rien de sérieux, puisqu'elle ne les engageait à rien vis-à-vis l'un de l'autre, et qu'elle ne reposait sur aucun fondement régulier!... Ce système choque le bon sens et l'équité, et rien dans la loi ne peut l'autoriser.

Allons plus loin, et cherchons comment se sont formées les énonciations de contenance qu'on trouve dans les titres. On sait qu'avant le cadastre, les habitants des campagnes ne connaissaient que la *mesure renommée*, c'est-à-dire que chaque champ était réputé, dans l'opinion de la population du pays, avoir à peu



*près* une certaine contenance qui était déterminée, non d'après un arpentage, mais d'après une appréciation faite au hasard, et, comme on dit vulgairement, *à vue de nez*. Ces contenance étaient toujours exprimées en nombres ronds : ainsi, dès qu'un champ dépassait deux minots, on l'estimait à un nombre entier de minots, sans fraction ; s'il était d'une étendue considérable, l'estimation était en setiers, toujours sans fraction. Il y avait donc des champs de 7 setiers, de 8 setiers, etc., mais jamais de 7 setiers 1 minot 3 perches  $7/10$ . Tous ceux qui employaient les indications usuelles, savaient parfaitement qu'elles ne donnaient qu'une approximation très-imparfaite ; souvent même l'erreur était grossière, mais la désignation erronée continuait d'être invariablement employée par respect pour l'usage, cette désignation servant à reconnaître le champ, à établir son identité. Il en résultait nécessairement que deux champs indiqués comme ayant la même contenance d'après la mesure renommée, différaient très-sensiblement ; par exemple, un champ ayant 85 perches était appelé un setier, et l'on disait que le setier était *fort* ; un autre, n'ayant que 76 perches, était aussi appelé un setier, et l'on disait que le setier était *faible*. Dans les ventes, échanges, baux, etc., qui avaient ces champs pour objet, on leur donnait la désignation admise dans le pays, et rien n'avertissait que tel setier fût fort ou faible, ni surtout de combien la contenance réelle différait de celle qui était consacrée par l'usage. Dans chaque titre, on ne manquait pas de copier textuellement la désignation du champ telle qu'elle était dans les titres antérieurs. L'erreur se perpétuait ainsi. N'est-il donc pas déraisonnable d'aller chercher dans de pareils actes des précédents sur une prétendue contenance normale originaire ? Deux setiers contigus, l'un fort (85 perches), l'autre faible (76 perches), ont été transmis pendant des générations, chacun ne portant que l'indication d'un setier, sans autre explication ; puis un beau jour, mon voisin demandant à border, soutiendra que nos champs doivent être arpentés, et que nos titres nous attribuant à chacun la même contenance, chacun de nous a droit à être nanti de la moitié juste de la superficie totale des deux champs ! De sorte que celui qui, par lui et par ses auteurs, ne possédait depuis un siècle que 76 perches, en aura 80 et demie, et celui qui en avait possédé 85, sera dépouillé de 4 et demie. Comment peut-on soutenir un système aussi contraire à la raison et aussi inique ?

Comment puis-je être victime des erreurs commises par les paysans de ma contrée dans la nomenclature faite verbalement et grossièrement des divers champs? Ce que j'ai acquis, ce n'est pas telle contenance déterminée de terre, c'est *tel* champ situé dans *tel* chantier, ayant *tels* joignants et aboutissants. On me l'a vendu *tel qu'il se poursuivait et comportait*, ainsi qu'en avaient joui les propriétaires successifs. En indiquant que ce champ contenait un setier, cela ne voulait pas dire qu'on me vendait exactement et précisément un setier, ni plus ni moins : loin de là; puisque nous avons stipulé, suivant l'usage, que je prendrais le champ tel qu'en jouissait mon vendeur, que celui-ci ne s'obligeait pas au *parfournissement de mesure*, et que la différence en plus ou en moins entre la contenance indiquée et la contenance réelle tournerait à mon profit ou à ma perte. La désignation du setier ne signifiait donc autre chose, sinon que ce champ était réputé dans le pays pour un setier; cette désignation de contenance, bien que reconnue comme vicieuse, a dû figurer dans l'acte comme renseignement : mais évidemment l'insertion de ce renseignement ne doit pouvoir nuire ni profiter à personne, et il est impossible de voir dans cette circonstance la prétention à consacrer une énonciation de contenance à laquelle les parties n'ont jamais attaché la moindre valeur.

Depuis l'établissement du système métrique, il a été d'habitude de continuer à désigner les champs par leur contenance d'après leur mesure renommée, en y ajoutant seulement la traduction en nouvelles mesures; ainsi l'on disait 39 ares 60 centiares (un setier). On savait que ces indications étaient très-inexactes, mais on trouvait un avantage à les employer : c'était de suivre dans les anciens titres la filiation des pièces de terre. La loi du 4 juillet 1837 ayant prohibé l'emploi des anciennes mesures, amena une révolution dans la rédaction des titres. Les notaires, qui n'avaient pas fait difficulté jusque-là de désigner un champ comme contenant 39 ares 60 centiares (un setier), ne pouvant plus se servir du mot de *setier*, comprirent qu'il devenait bien difficile et peu rationnel de conserver seule la traduction en nouvelles mesures d'une contenance inexacte fournie par la renommée : attribuer à un champ, non pas un nombre rond d'ares ou d'hectares, mais une quantité comme 39 ares 60 centiares, c'était annoncer une prétention à la précision. Il fallut donc chercher cette précision, et pour cela sortir de la

routine. — On employa quelquefois les contenances fournies par les arpentages : il y avait certainement là un grand progrès, puisqu'au moins l'énonciation reposait sur une opération régulière. Mais au point de vue de la question qui nous occupe, il est évident que l'arpentage qu'un particulier fait faire de son champ, de son autorité privée et sans le concours de ses voisins, ne peut avoir de force contre ceux-ci, et que, s'il s'agit plus tard de borner, il ne sera nullement fondé à demander un réarpentage et à exiger tout ce qui pourra se trouver de déficit de mesure, d'après la comparaison entre le nouvel arpentage et l'ancien dont le résultat aura été consigné dans ses titres. Il serait trop commode à un propriétaire avide de faire faire par un géomètre de son choix un arpentage à son avantage, d'en exprimer le résultat dans un titre, et de l'invoquer ensuite comme loi contre les voisins. Les énonciations de contenance, d'après un arpentage particulier, doivent donc être sans autorité.

Reste le cadastre. Ici du moins il s'agit d'une opération générale faite par l'autorité publique, et méritant quelque confiance. Mais le gouvernement, en faisant procéder au cadastre, n'a eu pour but que de parvenir à une meilleure péréquation de l'impôt foncier, à une base aussi exacte que possible de statistique. Il n'a jamais été décrété que l'arpentage du cadastre ferait loi à l'égard des parties dans les contestations privées. Les particuliers, il est vrai, ont été admis à faire leurs observations lors des opérations du cadastre ; mais on n'y a pas attaché d'autre importance que celle d'un recensement financier ; pourvu que chacun y soit porté pour toutes les parcelles qui lui appartiennent, et rien de plus, pourvu que l'évaluation de la superficie et la classification n'entraînent pas d'erreur trop sensible dans l'assiette de l'impôt, on s'est tenu tranquille. En fait, il est certain et avoué de tout le monde que le cadastre contient de nombreuses inexactitudes<sup>1</sup>, que personne n'a le droit de faire accepter à perpétuité. L'énonciation, dans les titres, de la contenance cadastrale, ne peut donc encore être une autorité irrécusable. D'ailleurs, il faut remarquer que quand un champ est désigné dans un titre par tous ses éléments caractéristiques, et particulièrement par la section et le numéro de section, la

<sup>1</sup> Voir à ce sujet des détails intéressants dans l'excellent ouvrage de M. le président de Robernier, intitulé *De la preuve du droit de propriété*, etc.

contenance cadastrale est superflue, puisque le lecteur peut la trouver sur les registres publics. Ainsi, que le titre indique ou non la mesure cadastrale (du moment où il n'en donne pas d'autre), c'est exactement la même chose. Il s'ensuit que, pour ceux qui reconnaissent l'autorité du cadastre, ce ne seront plus les titres particuliers qui devront être invoqués en matière de bornage, mais toujours et exclusivement les matrices du rôle. Cette conséquence n'a cependant pas été adoptée par les auteurs et par les arrêts, qui veulent qu'en matière de bornage on arpenté les champs à border, et qu'on assigne à chacun une superficie proportionnelle à celle que lui attribuent les titres.

Le cadastre remonte déjà à une époque assez reculée, à une quarantaine d'années pour une grande partie du territoire français; encore quelques années, et, même pour les parties le plus récemment cadastrées, l'opération aura plus de trente années d'existence. Or il est admis dans le notariat que, dans un acte de cession d'immeubles, il suffit de faire remonter la propriété à trente ans. Donc, pour la plupart des actes (et bientôt pour tous), l'indication de la mesure cadastrale est ou va être la seule employée, ce qui équivaut, comme nous venons de le dire, à l'absence d'indication particulière et au recours aux registres communaux. Que deviennent donc l'autorité des titres, la nécessité de les produire et l'obligation de répartir la superficie suivant les titres? Tout ce système s'évanouit par la force des choses.

Si par exception il arrive quelquefois, depuis le cadastre, qu'au lieu d'employer dans les actes la contenance cadastrale on en indique une autre, nous demanderons à nos adversaires si les parties auxquelles il convient de déroger ainsi, de leur autorité privée, à un usage général, devront en retirer quelque avantage vis-à-vis de leurs voisins. Il serait fort étrange qu'ils pussent ainsi, par leur fait, se créer une prérogative au détriment des autres propriétaires. S'ils se contentent d'indiquer une mesure différente de la mesure cadastrale, sans énoncer les motifs de préférence, il serait vraiment déraisonnable qu'une évaluation arbitraire de la superficie de leur champ dût être réputée mériter plus de confiance et avoir plus de force que l'arpentage fait par l'autorité publique. Si au contraire ils indiquent un arpentage particulier, ce ne pourra être qu'un renseignement sans autorité, et nous nous référons à ce que nous avons

dit plus haut sur une opération faite par un particulier sans le concours de ses voisins, auxquels elle ne peut jamais être opposée.

Remarquons encore que parfois des erreurs involontaires sont commises par les clerks dans l'énumération et la désignation des pièces de terre faisant l'objet des contrats, que ces erreurs sont souvent reproduites dans les actes subséquents..... N'importe; tout ce qui est écrit dans les titres est un oracle infailible devant lequel doivent s'incliner les voisins.

Nous avons supposé jusqu'ici les contenance indiquées de bonne foi dans les titres par les parties. Mais il faut bien aussi supposer la possibilité de fraude, et ici elle serait extrêmement facile. Qu'un acquéreur, d'accord avec son vendeur qui n'encourt aucune responsabilité, assigne dans l'acte de vente une contenance exagérée au champ vendu, il s'ensuivra, d'après la doctrine que nous combattons, que cet acquéreur, venant à demander le bornage à ses voisins, leur fera produire leurs titres, où la véritable contenance peut être indiquée ou à peu près : fort du titre qu'il aura fabriqué pour le besoin de la cause, il se fera attribuer une contenance qui ne lui appartient pas, et dépouillera impunément les propriétaires de bonne foi. On objecterait en vain, contre cette hypothèse, que le stratagème sera dévoilé si l'on recourt aux titres antérieurs. Il est très-facile de rompre la tradition en n'énonçant pas dans l'acte de vente comment le vendeur est propriétaire de l'objet vendu, ce qui sera sans inconvénient pour l'acquéreur s'il a confiance dans la solvabilité du vendeur, et s'il s'est assuré que celui-ci possédait depuis un temps suffisant pour prescrire. Une fois le titre frauduleux obtenu, l'indication mensongère sera répétée dans les titres subséquents s'il y a changement de propriétaires; de sorte que, quand il s'agira d'agir contre les voisins, on leur opposera une série de titres conformes; et cette conformité, qui ne sera autre chose que la répétition d'une erreur volontaire, et qui, d'après la raison, ne devrait être d'aucun poids, sera souverainement imposante aux yeux des partisans de l'autorité des titres.

Le système que nous réfutons ne pourrait être juste qu'autant qu'on prouverait préalablement la vérité de ces deux propositions :

1° L'énonciation faite par les parties, dans un acte trans-

missif de propriété, de la contenance des terres, est toujours d'une exactitude infallible ;

2° Une fois établie dans un titre la contenance d'un champ, le propriétaire a droit à cette contenance à perpétuité, quels que puissent être les événements ultérieurs, et les voisins doivent la lui garantir sous leur responsabilité.

Il n'est personne qui ne saisisse, au premier énoncé, la monstrueuse absurdité de ces deux propositions ; et pourtant il est évident que, l'une d'elles venant à manquer, tout le système de nos adversaires s'écroule. Entrons sur ces deux points dans quelques développements.

Nous avons suffisamment prouvé que les divers modes d'énonciation des contenances sont sujets à erreur, et qu'en aucun cas ces énonciations ne peuvent être opposées aux voisins qui n'ont pas été parties dans les actes. Et vraiment c'est avoir trop beau jeu que de combattre ceux qui revendiquent le don de l'infaillibilité pour tous les acquéreurs, même quand ils sont intéressés à tromper à leur avantage. Nous n'ajouterons sur ce point qu'une réflexion : qu'arrivera-t-il si les divers titres concernant un champ ne concordent pas sur la contenance ? auxquels donnera-t-on la préférence ? aux plus anciens ?... Mais qu'ont-ils de plus respectable que les modernes ? et ne doit-on pas présumer, au contraire, que si l'on a modifié la contenance, c'est qu'on a reconnu que les précédentes énonciations étaient fautives ?... Mais si (comme il arrive le plus souvent) l'énonciation plus récente est conforme au cadastre, ce qui forme une autorité tout à fait en dehors des titres, les partisans des titres devront la négliger pour recourir à ces actes vénérables et sacro-saints qui n'indiquaient que la mesure renommée, laquelle ne pouvait errer, sans doute en vertu de l'adage : *Vox populi, vox Dei*. Néanmoins, quel que soit le choix que l'on fasse, le principe fléchit d'une manière désastreuse ; car adopter un titre, c'est rejeter les autres ; c'est les déclarer erronés, c'est dépouiller les titres en général du privilège d'infaillibilité. Et quelle garantie dès lors avons-nous que le titre adopté à l'exclusion des autres échappe complètement aux causes qui les ont infectés d'erreurs ? Le prestige de l'oracle s'évanouit.

En supposant qu'à une époque quelconque l'acte transmissif de propriété d'un champ ait renfermé une indication de conte-

nance parfaitement conforme à ce que possédait et transmettait le cédant, s'ensuit-il que plus tard l'acquéreur aura droit, lors du bornage avec un de ses voisins, à retrouver la même contenance et à réclamer du voisin le déficit, s'il y en a?... Ainsi il y a vingt, trente, quarante ans, votre champ contenait deux setiers : soit. Vous êtes entouré de cinq ou six voisins. Aujourd'hui vous avez à borner avec moi qui suis un de vos voisins, et vous prétendez qu'on produise les titres, qu'on arpente nos deux champs, et qu'on en répartisse la totalité entre nous, proportionnellement aux contenances portées dans nos titres; de sorte que si vous avez moins de vos deux setiers, et si moi dont le titre porte un minot, je me trouve posséder davantage, je serai tenu de vous parfaire votre contenance.... Mais toute action contre une personne doit être basée sur un engagement pris par elle, ou sur un fait de sa part donnant lieu à une obligation. Je n'ai contracté envers vous aucun engagement; vous n'articulez contre moi aucun fait dommageable; vous n'alléguiez pas que, par moi ou par mes gens, j'aie commis sur votre champ aucun ratirage (et si vous l'alléguiez, vous seriez tenu de le prouver); et néanmoins vous voulez vous emparer d'une partie de mon héritage! Votre prétention ne repose sur aucun fondement. Vous dites que vous ne retrouvez plus votre ancienne contenance..... Et que m'importe? m'avez-vous donné votre champ à garder? Si vous l'avez laissé s'amoindrir, suis-je responsable de votre négligence? Vous prétendez que je dois vous fournir ce qui vous manque, comme s'il était établi que c'est moi qui vous en ai dépouillé. Et cependant vous ne vous croyez pas obligé d'affirmer que j'aie commis cette spoliation, ce qui vous mettrait dans la nécessité de faire une preuve que vous êtes incapable de faire. Il vous suffit d'une présomption. J'ai pu être l'auteur de la spoliation, donc je dois la réparer. Mais il est de principe que la fraude et le délit ne se présument jamais et ont toujours besoin d'être prouvés. Si vous aviez perdu un objet mobilier, seriez-vous fondé à vous adresser sans preuve au premier venu, sous le prétexte qu'il a pu vous le prendre? Non, sans doute. Vous ne pourriez intenter une action qu'à la charge de prouver que celui que vous poursuivez a commis la soustraction dont vous vous plaignez. Et pourquoi en serait-il autrement en matière d'immeuble? La raison et l'équité ne dictent-elles pas une même solution?

Nous avons supposé une question de bornage posée entre vous et moi : je vous demande pourquoi vous voulez faire peser précisément sur moi le déficit dont vous vous dites victime ? Si ce déficit provient d'une usurpation, elle a pu être commise par chacun de vos voisins ; il ne peut dépendre de votre caprice de me choisir pour en faire la réparation. Quoi ! vous aurez laissé un de vos voisins s'agrandir à vos dépens ; puis la question de bornage s'élevant entre vous et moi, vous pourrez exiger que je répare votre déficit aux dépens de mon patrimoine, non-seulement sans être tenu de rien prouver contre moi, mais sans même avoir à rien alléguer ; et je serai ainsi obligé de pâtir pour le délit d'autrui !... Car, dans le système que nous combattons, mon voisin n'est nullement tenu de mettre en cause tous ses voisins. — Si cependant il le fait, sa prétention au moins aura quelque chose de moins choquant. Il dira : J'avais telle mesure d'après mon titre ; il m'en manque telle quantité, elle n'a pu m'être enlevée que par vous ou par quelques-uns de vous ; je vous rends tous responsables. — Ce mode d'argumenter ou de procéder rappelle la justice à la turque. Qu'un objet précieux ait été déposé dans un endroit où se trouvent dix personnes, et ait ensuite disparu ; qu'on ait ainsi des raisons de croire que la soustraction n'a pu être commise que par un des dix, le *cadi* commencera par leur faire appliquer à tous des coups de bâton sous la plante des pieds, en vertu de ce principe..... turc, qu'il est parfaitement licite de punir des innocents pour parvenir plus sûrement à atteindre le coupable. Mais dans les pays civilisés on procède autrement, Dieu merci ; et soit au criminel, soit au civil, on ne frappe que celui qui est personnellement convaincu du fait répréhensible ou dommageable. Celui qui se prétend victime d'une spoliation, au lieu de s'en prendre arbitrairement à tel de ses voisins qu'il lui plaît de désigner, ou à tous ses voisins en bloc, doit donc articuler contre celui qu'il croit coupable les faits précis de spoliation, et en faire la preuve.

On prétend que tout ce que je possède au delà de la contenance portée dans mes titres est autant de bien usurpé, et que je dois le rendre à celui ou à ceux de mes voisins qui se trouvent en déficit de mesure, et qui les premiers viendront élever contre moi des réclamations..... Je me réfère à ce que j'ai dit plus haut sur l'autorité qu'on veut donner aux titres. Mais il y a



plus : quand même il serait vrai qu'à une certaine époque mon titre ait exprimé exactement l'état de ma possession ou de la possession de mes auteurs, il ne s'ensuit aucunement que tout ce que je possède au delà doive être attribué précisément à celui de mes voisins avec lequel j'ai à borner ; car ce surplus, j'ai pu l'acquérir d'autres personnes, soit en vertu de titres que je n'aurais pas conservés, soit verbalement, ce qui est parfaitement licite ; il est même possible qu'un de mes auteurs l'ait envahi au préjudice d'un de ses voisins autre que celui avec lequel j'ai à borner, ce qui ne pourrait m'obliger à aucune restitution envers ce dernier. Si néanmoins, dans ce dernier cas, je suis condamné à lui restituer ce surplus, je n'en serai pas moins exposé à une action de la part de celui qui a été réellement spolié ; et après cette double restitution, je me trouverai injustement privé d'une partie de mon héritage, et peut-être de mon héritage tout entier. Ainsi mon titre m'attribuait un minot : mon champ s'est trouvé contenir deux minots par suite de l'usurpation commise par un de mes auteurs au préjudice de mon voisin du côté de l'est. Mon voisin du côté de l'ouest demande le bornage : on lui attribue un minot à prendre dans mon champ, et il le prend naturellement à l'ouest de ma propriété. Puis mon voisin de l'est prouve l'usurpation ancienne, et se fait rendre un minot. Il ne me reste plus rien du tout.

L'erreur, comme la vérité, a sa logique, et il y a des esprits qui, une fois engagés dans une mauvaise voie, sont entraînés à descendre tous les degrés de l'abîme. — J'ai objecté à mes adversaires que si l'un de mes voisins a du déficit dans sa mesure, il n'y a pas de raison pour qu'il s'en prenne à moi plutôt qu'à ses autres voisins. Aussi quelques auteurs ont-ils admis résolûment que le plaignant doit mettre en cause tous ses voisins ; chacun de ceux-ci, à son tour, peut prétendre que, pour parvenir à restituer à chacun la contenance assignée par ses titres, il y a lieu de mettre en cause tous ses voisins, et ainsi de suite de proche en proche ; de manière qu'une simple demande en bornage entre deux parties peut amener l'arpentage et l'abornement de la plaine entière (Vaudoré, *Droit civil des juges de paix*, n° 12). — Voilà certes un magnifique résultat ! Pour une petite querelle entre deux propriétaires de deux petits champs, toute une commune va être livrée au fléau

de la chicane; une foule d'individus qui vivaient en paix et se croyaient à l'abri des procès vont être forcés, bon gré mal gré, d'intervenir dans une contestation élevée à une lieue de chez eux, de défendre à une instance, d'exercer des recours, des mises en cause, de demander des expertises, des arpentages, des descentes de lieux, etc. Voilà ce qui s'appelle un procès monstre, capable de durer autant que la guerre de Troie, et de dévorer en frais toute une commune. Mieux vaudrait deux années de grêle qu'une pareille avalanche de procédures. — Peut-être croira-t-on que ce n'est là qu'un jeu d'esprit, qu'une hypothèse ingénieuse de jurisconsultes qui ont voulu pousser jusqu'au bout les conséquences de leur principe. Hélas! cette hypothèse est devenue plus d'une fois une calamiteuse réalité, et je sais l'exemple d'un propriétaire paisible qui cultivait avec amour un modeste champ que lui avaient transmis ses ancêtres. Obligé d'intervenir dans le bornage d'une plaine entière, il ressentit cruellement le contre-coup des rectifications ordonnées par le juge de tous les héritages, conformément aux anciens titres; il fut condamné, comme le Mélibée de Virgile, à délaisser le champ fécondé de ses sueurs, et on lui assigna en échange, à quelques centaines de pas de là, un autre terrain de contenance égale, mais ne produisant que des cailloux. Voilà comme on était censé réparer les effets des empiétements supposés d'un millier de propriétaires.

Il suffit de rapporter de tels résultats pour faire ressortir l'iniquité du système. Voilà où conduit la doctrine déraisonnable qui veut qu'un titre fasse foi contre des tiers.

Puisque cette méthode d'abornement général a des partisans et a été réalisée, il ne sera pas inutile de faire à ce sujet quelques observations.

On s'arrête à la plaine, plutôt qu'à la commune, au canton, etc., parce qu'on suppose que la plaine ou le *champtier* a des limites certaines, invariables. C'est une erreur. Ces limites sont déterminées le plus souvent par des chemins et des ravins. Or les chemins ont été remaniés, rectifiés bien des fois, souvent même sans qu'aucun procès-verbal régulier conserve la description de l'ancienne et de la nouvelle direction. Rien n'est plus capricieux que le cours des torrents dont le thalweg varie d'année en année. Les limites que donnent les ravins sont donc bien incertaines. Si donc la superficie totale vient à varier, il

est impossible de la prendre pour le mètre auquel on rapportera les superficies partielles.

Qu'arriverait-il si l'arpentage de la plaine entière donnait une contenance différente du total des contenance partielles portées dans les titres (et il y a au moins un million de chances contre une pour qu'il en soit ainsi)? Il en résulterait évidemment, ou que tous les titres sont fautifs, d'où il suit qu'on aurait tort de les prendre pour guides ; — ou que quelques-uns sont erronés ; et comme il n'y a aucun critérium pour les discerner d'avec les titres exacts, il s'ensuit encore qu'on ne doit pas suivre l'autorité des titres.

Si, dans les innombrables pièces composant la plaine, il s'en trouve quelques-unes de bornées, devra-t-on avoir égard à ce bornage et les excepter du réarpentage général?... Ce serait une inconséquence. Car du moment où il est admis que le défaut de conformité de la contenance actuelle d'un seul champ avec la contenance portée au titre peut provenir des empiétements successifs de tous les propriétaires de la plaine, et que l'arpentage de cette plaine entière avec application de tous les titres et mise en cause de tous les propriétaires peut seul donner le redressement de tous les empiétements et la rectification normale des contenance de toutes les pièces de terre, il s'ensuit que le bornage individuel entre deux voisins ne peut avoir qu'une valeur précaire et doit s'effacer devant la grande mesure de justice générale. D'ailleurs le bornage partiel fait entre deux voisins a pu avoir pour résultat de leur attribuer à tous deux plus ou moins de superficie que ne comportent leurs titres : il n'y avait donc là qu'une satisfaction imparfaite et provisoire donnée à l'autorité des titres ; il faudra faire mieux, et pour cela remettre tout en question. — Ainsi un propriétaire pacifique, après avoir amiablement borné avec tous ses voisins, se flattait d'être à l'abri des embarras et des procès : erreur ; il sera arraché à sa sécurité par l'apparition néfaste des huissiers et il sera contraint de prendre part à la guerre générale..... Périssent la paix publique plutôt que le grand principe de l'appel aux titres.

Qu'arrivera-t-il si l'une des parties possède sans titres?... La réponse est bien simple : « On procède suivant les titres de l'autre partie (Curasson, t. II, p. 460 ; Vaudoré, *Droit civil des juges de paix*, v° *Bornage*, n° 16). » Ainsi je possède un champ

de deux minots, je n'ai pas de titres ou j'ai perdu ceux que j'avais. Mon voisin a un champ qui, d'après son titre, contenait sept setiers. On arpente, on trouve que nos deux champs réunis ne contiennent que six setiers deux minots. Mon voisin aura droit à la totalité, et moi, après avoir perdu mon héritage entier, je me trouverai encore débiteur de deux minots..... C'est une belle chose qu'un système qui produit de telles conséquences.

Quel sera le résultat de l'arpentage? — Il peut se présenter trois cas. L'arpentage peut donner une contenance égale, inférieure ou supérieure à la contenance réunie des champs d'après les titres. En cas d'inégalité, on ôte à celui qui a plus pour donner à celui qui a moins, de manière que chacun ait juste la mesure assignée par son titre. Dans le cas contraire, on répartit proportionnellement l'excédant ou la perte (Vaudoré, v<sup>o</sup> *Bornage*, n<sup>o</sup> 17; Pardessus, *Des servitudes*, n<sup>o</sup> 113; Toullier, t. III, n<sup>o</sup> 176). Il en résulte, pour le cas d'excédant, une inconséquence que nous devons signaler. Mon voisin m'intente une action en bornage : je soutiens qu'il y a lieu de s'en rapporter à la possession; mon adversaire prétend, au contraire, d'après les jurisconsultes précités, que les titres seuls doivent faire foi. Le juge admet son système et ordonne l'arpentage, duquel il résulte que mon voisin a plus que la mesure portée en son titre, et que je suis dans le même cas. Or puisque, dans le système de mon adversaire, le titre doit être maintenu scrupuleusement comme la loi et les prophètes, puisque la contenance portée dans le titre est la contenance normale, légitime, immuable comme la vérité, que tout ce qui est possédé de surplus est un bien mal acquis, ayant nécessairement l'usurpation pour origine, il s'ensuit que le partisan d'une telle doctrine doit donner l'exemple de fidélité à ses principes, et qu'il doit répudier avec horreur tout ce qui excède la mesure fixée par les titres aussi sacrés que s'ils étaient descendus du ciel. Le juge qui sanctionne ces prétentions ne peut également sans inconséquence nous allouer une parcelle de terre au delà de nos titres; car, si nous n'y avons pas droit, c'est consacrer une déprédation; s'il reconnaît, au contraire, que nous y avons droit, c'est déclarer qu'on peut, au moins en certains cas, posséder légitimement au delà de son titre, et alors tout le système s'envole en fumée.....

Nous arrivons au point capital de la discussion, à la question de *possession*. Rappelons d'abord les principes qui régissent la matière.

*La propriété se prouve par la possession et non par les titres.*

— Si je possède un champ, nul ne pourra m'en évincer à moins qu'il ne prouve qu'il a droit, soit à la propriété de ce champ, soit à une possession préférable, ce qu'il ne pourra faire qu'en établissant que, par lui ou par ses auteurs, il a possédé ce champ pendant le temps exigé par la loi. Il ne lui servira donc de rien de me montrer des titres : son titre d'acquisition, en constatant qu'il a acquis cet immeuble d'un certain particulier, prouve seulement que celui-ci lui a transmis les droits qu'il pouvait avoir sur l'immeuble ; l'acquéreur muni de son titre ne sera pas plus avancé que s'il n'y avait pas eu de transmission, et que son vendeur lui-même se présentât pour revendiquer le champ. Au lieu d'une mutation, mettez-en deux, trois..... un nombre quelconque ; la question n'en sera pas plus avancée. Le nombre des individus par les mains desquels ont passé successivement des prétentions ne donne aucune force à ces prétentions, qui restent ce qu'elles seraient si l'auteur primitif se présentait en personne. De ce que plusieurs individus se sont transmis les droits qu'ils prétendaient avoir à un champ, il ne s'ensuit pas qu'aucun d'eux l'ait possédé. Les titres invoqués serviront donc uniquement en ce que le dernier acquéreur, subrogé dans les droits de ses auteurs, aura le droit de se prévaloir de la possession de ceux-ci (nous supposons, bien entendu, qu'il n'est allégué aucun titre émanant de moi ou de mes auteurs, ce qui changerait toute la question). Tout se réduira donc, pour le demandeur, à la preuve du fait d'une possession continue et ayant les autres qualités voulues par la loi.

Ces principes sont les mêmes, soit qu'il s'agisse d'un vaste domaine ou de la plus petite parcelle de terre, de la totalité de mon champ ou d'une mince portion de ce champ. Or celui qui, par suite d'une demande en bornage, prétend mettre en question la limite séparative de nos héritages, qui demande des opérations tendant, au moins éventuellement, à déplacer cette limite et à se faire attribuer une part plus ou moins considérable de mon champ ; celui-là me trouble dans ma possession, il revendique une partie de mon patrimoine ; il doit d'abord préciser exactement ce qu'il demande, déterminer quelle est l'étendue

de terre qu'il réclame, puis prouver qu'il a sur cette portion de terre des droits supérieurs aux miens. Il est demandeur : à lui tout le fardeau de la preuve; ne souffrons pas qu'on intervertisse les rôles, et remarquons, avant d'aller plus loin, qu'il importe peu qu'il soit voisin ou non, que sa qualité de voisin ne lui confère aucun privilège, ne l'affranchit nullement du droit commun, ne le dispense pas des obligations dont serait tenu tout autre réclamant.

Voyons maintenant les divers cas qui peuvent se présenter :

1° Mon voisin demandant une nouvelle délimitation de nos héritages d'après un réarpentage, je lui oppose que je possède mon champ, avec l'étendue qu'il a aujourd'hui, depuis plus de trente ans, laps de temps qui, d'après la loi, suffit pour acquérir la prescription. La jurisprudence reconnaît que le bornage doit se faire alors dans les limites de la possession actuelle (Orléans, 24 août 1816, Arnaud contre Bertaud; Metz, 19 avril 1822, Bouillard contre Dangluse; Paris, 1<sup>er</sup> mai 1826, de Luynes contre Prudhomme).

2° Je possède en vertu d'un titre et avec bonne foi, ce qui me permet de réduire la durée du temps requis pour prescrire, à dix ou vingt ans, selon que la personne contre laquelle court la prescription réside dans le ressort de la Cour d'appel où se trouve l'immeuble, ou demeure en dehors de ce ressort (art. 2265 du Code Napoléon). Mon droit de propriété serait donc inexpugnable, même à l'égard de celui qui prouverait qu'il était légitime propriétaire de mon champ, qu'il l'avait possédé pendant trente ans au plus, et qu'il en a été dépouillé par mon vendeur : à plus forte raison ne devrai-je rien avoir à craindre de mon voisin qui n'articule rien, mais qui se contente de présumer que peut-être, à une époque incertaine, je pourrais bien (moi ou quelque autre) avoir commis un empiétement à son préjudice. En supposant même que cet empiétement ait eu lieu, s'il s'est fait avant mon entrée en possession, du moment que mon vendeur m'a transmis le champ tel qu'il le possédait, ma possession de dix ou vingt ans a suffi pour rendre inattaquable mon droit de propriété sur la totalité du champ aussi bien que sur chacune de ses parties. Et cette solution devra être admise quand bien même mon titre énoncerait une contenance différente de ma possession : car cette énonciation n'est qu'un renseignement pour désigner l'objet vendu ; l'essen-

tiel est que le vendeur m'ait transmis tout ce qu'il possédait (Solon, *Prescription*, nos 73, 74; Dumay, *Appendice au traité de la compétence des juges de paix*, de Curasson, t. II, n° 36).

3° Je me borne à opposer la possession annale. D'après la loi, je dois être maintenu dans ma possession. Je ne puis être troublé par aucune action au possessoire. Nul ne peut m'évincer s'il n'agit au pétitoire en prouvant qu'il a droit à la propriété de l'immeuble, ce qu'il ne pourra faire qu'en établissant qu'antérieurement à ma possession il l'a possédé, soit pendant trente ans sans titre, soit pendant dix ou vingt ans avec titre (selon la distinction faite plus haut). Mon voisin, pas plus que tout autre, ne pourra donc me réclamer tout ou partie de mon champ sans faire cette preuve; et il ne lui suffira pas d'alléguer des peut-être, des suppositions, des conjectures vagues pour me déposséder (Delvincourt, t. I, p. 164, note 2).

4° Je possède depuis moins d'un an. Ce ne sera pas une raison pour que je cède la place au premier venu. Je suis plus vulnérable que dans le cas précédent, en ce que je suis exposé à une action au possessoire : celui qui prouvera qu'il a possédé pendant au moins un an avant moi aura droit d'être réintégré dans la possession du champ. Mais à moins de satisfaire à cette condition, on ne pourra m'inquiéter dans ma possession, si récente qu'elle soit. Si donc mon voisin demande le déplacement de la limite de nos héritages, ce qui implique éventuellement la revendication d'une partie de mon champ, il devra libeller sa demande, articuler des faits, énoncer la partie de terrain dont je me serais emparé à son préjudice, fixer l'époque de l'usurpation alléguée et offrir de prouver qu'antérieurement à ma prétendue usurpation, il a joui, pendant au moins un an, de la partie usurpée. Toute demande qui ne satisfait pas à ces conditions est une prétention vaine qui ne peut être accueillie.

Qu'objecte-t-on à cette argumentation?... Que, quand il s'agit de champs contigus, l'usurpation peut se faire progressivement, d'une manière insensible, inappréciable, que la possession résultant d'une telle anticipation est clandestine, et qu'un tel fait ne peut ni valoir pour prescrire, ni avoir les résultats d'une possession légale. — Nous répondons d'abord que cette objection repose sur une assertion inexacte en fait. Tous ceux qui connaissent la campagne savent que rien n'échappe à la vigilance du cultivateur, qu'il a l'image de ses champs gravée dans

la mémoire, que c'est là le principal objet de ses pensées et je dirai même de ses affections, et que la moindre atteinte portée à son terrain sera aussitôt visible pour lui. La possession clandestine est celle qui ne peut absolument être constatée, telle que celle d'une cave creusée secrètement sous le sol d'autrui; mais celle dont nous nous occupons n'a point ce caractère, puisqu'elle a lieu au grand jour et qu'elle n'échappe pas au cultivateur vigilant et soigneux. Celui qui a négligé de veiller en bon père de famille à l'intégrité de son champ ne peut s'en prendre qu'à lui-même des suites de son incurie. — En second lieu, c'est mal poser la question que de commencer par supposer constante une usurpation commise. L'usurpation ne doit jamais se présumer, et c'est toujours à celui qui l'affirme à la prouver. Si donc il s'agit de délimiter des champs, et qu'aucun des propriétaires n'affirme le fait d'une anticipation, il ne s'agit aucunement de peser la valeur des anticipations qui auraient pu être commises et qu'on n'a aucune raison d'admettre *de plano*, mais d'appliquer les principes généraux en matière de possession. — En troisième lieu, pour déroger aussi gravement aux règles tracées par la loi, il ne faudrait rien moins qu'une loi formelle, et elle n'existe pas. Que par la jurisprudence on explique la loi quand elle est obscure, qu'on supplée à son silence, soit; mais il n'est jamais permis de substituer des règles arbitraires à celles que posent des textes formels et exempts d'équivoque. — Enfin, la conséquence de ce système serait qu'une anticipation sur un champ contigu ne pourrait servir même à la prescription trentenaire; cependant aucun jurisconsulte n'admet cette conséquence extrême. Or si la possession dont il s'agit peut servir à la prescription de trente ans, il faut de toute nécessité lui faire produire également, et la possession de dix ans et de vingt ans qui est de même nature et qui ne diffère que par la durée, et les privilèges résultant de la possession annale, et enfin ceux qui résultent même d'une simple possession de moins d'une année.

Nous croyons avoir prouvé victorieusement notre thèse. Il s'agit ici des plus graves intérêts de l'agriculture et de la propriété; il s'agit de faire jouir l'homme des champs de la sécurité sans laquelle nul n'oserait entreprendre des travaux importants, de délivrer le propriétaire paisible de la crainte incessante de voir remettre en question les limites et l'existence même de



son patrimoine, et d'empêcher l'esprit de chicane de porter le trouble et la désolation dans les campagnes. Nous espérons que nos observations pourront aider à ces précieux résultats et serviront à dissiper l'erreur déplorable qui a prévalu jusqu'ici.

MORIN.

### DE L'AMÉLIORATION DE LA LOI CRIMINELLE, PAR M. BONNEVILLE <sup>1</sup>.

DE LA CORRECTIONNALISATION DES CRIMES, PAR M. G. ROUSSET <sup>2</sup>.

(Article de M. FAUSTIN HÉLIE.)

M. Bonneville et M. Gustave Rousset demandent l'un et l'autre qu'il soit apporté plusieurs modifications à nos Codes d'instruction criminelle et pénal. Ces deux honorables magistrats proposent spécialement (je suis forcé d'employer les mots barbares dont ils se servent) la *correctionnalisation* de certains crimes ou, suivant une autre locution, la *décriminalisation* du Code pénal. Ce n'est que de cette seule réforme que je veux m'occuper aujourd'hui. Il s'agit, car il est nécessaire de traduire ces termes obscurs, de transformer le caractère légal d'un certain nombre de faits qui sont actuellement qualifiés crimes, de les dépouiller de cette qualification criminelle, de les revêtir d'une qualification nouvelle et moins grave, de les ranger en un mot dans la classe des simples délits.

Est-ce donc la pensée d'un sage perfectionnement de notre loi pénale qui a dicté ces projets? Leurs auteurs, après avoir mûrement examiné ses incriminations et ses pénalités, sont-ils arrivés à reconnaître que si les premières sont généralement réglées avec prudence, il n'en est pas toujours ainsi des autres? Veulent-ils ramener la répression, au moins dans certains cas, à une plus sage mesure, distinguer des nuances de la criminalité que le législateur n'a pas aperçues, rétablir une proportion plus exacte entre quelques actes et quelques châtimens, essayer enfin de trouver, ce qui est l'éternel problème de la justice humaine, les deux termes de l'équation pénale?

<sup>1</sup> Un vol. in-8°. Chez Cotillon, 1855.

<sup>2</sup> Une brochure in-8°. Chez Cotillon, 1855.

Non, telle n'est pas la pensée qui anime les écrits dont nous allons rendre compte; car nous y lisons, dès les premières pages, que la criminalité fait des progrès incessants, que la répression n'est ni assez sévère ni assez énergique, que la justice criminelle est insuffisante et faible, qu'il faut des remèdes nouveaux aux maux qui menacent la société. Une seule idée domine toutes les modifications qu'ils proposent: c'est, suivant une phrase que nous leur empruntons, d'opposer une digue nouvelle au torrent de la criminalité qui déborde, c'est d'imprimer à l'action de la justice une plus grande énergie, c'est de la rendre plus ferme et plus répressive.

Or, quel est le moyen qui a paru aux deux honorables magistrats le plus propre à atteindre ce but? Ce moyen, ils ne le dissimulent pas le moins du monde: c'est d'amoindrir et de restreindre la juridiction du jury; c'est d'en démembrer les attributions; c'est, non sans doute de détruire l'institution elle-même, mais d'en circonscrire l'application dans un cercle plus étroit, de lui enlever ce qu'on appelle les petits crimes, c'est-à-dire les plus nombreux, les plus fréquents. C'est pour cela qu'ils proposent de *correctionnaliser* les crimes, c'est-à-dire de déclarer délits ou de considérer comme tels des faits qui sont aujourd'hui crimes; car ces faits devenus simples délits seront de plein droit attribués aux tribunaux de police correctionnelle.

Deux moyens ont été mis en avant pour arriver à réaliser cette pensée :

Le premier consisterait purement et simplement à déclarer simples délits et à punir de peines correctionnelles certains faits qui sont aujourd'hui punis de la reclusion, des travaux forcés à temps ou de la dégradation civique<sup>1</sup>.

Le second, plus détourné, consisterait à attribuer, soit à la chambre du conseil, soit à la chambre d'accusation, qui les constateraient sur l'instruction écrite, le droit de déclarer les circonstances atténuantes qui pourraient se trouver dans chaque affaire, et de renvoyer les prévenus devant la police correctionnelle toutes les fois que, par l'effet de l'admission de ces circonstances, il y aurait lieu à l'application d'une peine simplement correctionnelle<sup>2</sup>.

C'est à ce second moyen que les auteurs s'arrêtent de préfé-

<sup>1</sup> M. Rousset, seconde brochure, p. 21.

<sup>2</sup> M. Bonneville, p. 374. — M. Rousset, p. 5.

rence. Je ne dirai donc que quelques mots du premier. Mais il est peut-être nécessaire, avant tout, de bien délimiter le terrain de la discussion.

Et d'abord, j'ai hâte de le dire, s'il était vrai que l'ordre social fût sérieusement menacé, s'il était démontré par des chiffres soigneusement contrôlés que la loi pénale actuelle fût insuffisante pour réfréner une criminalité toujours envahissante, je ne penserais point que cette loi dût rester immuable. Il faut distinguer dans toute législation pénale les principes essentiels sur lesquels elle repose et l'application qui est faite de ces principes aux faits qui surgissent chaque jour. Les principes que la science a consacrés, que l'expérience a mûris, doivent être invariables; mais leur application est mobile comme les faits eux-mêmes qu'elle doit atteindre. Machiavel en a fait le premier l'observation avec sa profonde sagacité : « Les lois qui répriment les citoyens, dit-il, doivent changer avec l'altération successive des mœurs <sup>1</sup>. » Et toute l'histoire de la législation pénale n'est qu'une éclatante confirmation de cette réflexion. Les lois pénales, en effet, qui ont pour fondement la loi sociale, la conservation de la société, la nécessité d'y maintenir une légitime discipline, doivent proportionner leurs forces aux difficultés de leur mission. Destinées à protéger l'ordre, elles doivent être en rapport avec les périls que l'ordre peut courir : plus douces, quand la civilisation adoucit les mœurs, quand les institutions élèvent les intelligences et développent les bons instincts; plus sévères, quand les crimes se multiplient et que les mœurs se corrompent. Il est donc hors de doute que les lois répressives peuvent élever ou diminuer leurs châtiments, étendre ou restreindre leurs incriminations, suivant que tels ou tels actes apportent une menace plus directe à la paix publique par leur gravité ou leur fréquence, pourvu d'ailleurs que les règles générales qui dominent toutes les incriminations et toutes les pénalités soient strictement maintenues.

Cela dit, jetons un rapide coup d'œil sur le mouvement de la criminalité et de la répression dans ces dernières années. Est-il vrai que le nombre des crimes s'accroisse d'année en année, que cette marche ascensionnelle suive une proportion de plus en plus alarmante, que le chiffre des récidivistes s'é-

<sup>1</sup> *Discours sur la première Décade de Tite-Live*, liv. I, ch. 18.

lève en même temps que celui des nouveaux agents, qu'une nation de criminels se développe et s'organise au milieu de la nation et menace son avenir? Est-il vrai, d'une autre part, que la justice répressive soit molle et presque énérvée, que l'indulgence des jurés enlève au châtement sa vigueur, que la déclaration des circonstances atténuantes, espèce de transaction entre le délit et la peine, efface dans l'un son caractère odieux et dans l'autre sa salutaire intimidation?

Prenons les comptes de la justice criminelle : c'est sur leurs chiffres que s'appuient les allégations de nos publicistes : ce sont ces chiffres qu'il faut produire et vérifier.

Les principaux éléments de la criminalité, telle qu'elle se révèle par la perpétration des crimes et des délits, sont les suivants : 1° le nombre des accusations criminelles ; 2° le nombre des récidives.

La première question est celle-ci : le nombre des accusations et le nombre des accusés ont-ils augmenté? Il serait dans la nature des choses, nous l'avons déjà remarqué ailleurs, que cette augmentation existât; car, d'une part, il est certain que le chiffre de la population s'élève chaque année; le chiffre des infractions, pour ne conserver que sa proportion actuelle, doit donc s'élever en même temps. Et, d'un autre côté, il est également incontestable que l'administration de la justice criminelle a fait depuis quelques années des progrès sensibles; la police est plus vigilante et plus active, les traces des crimes sont recueillies avec plus de soin, les informations sont mieux conduites, l'action publique a acquis plus de fermeté; il est plus rare que les infractions échappent, par l'incurie des agents de la police judiciaire ou par l'insuffisance des charges, aux investigations de la justice. Sous ce double rapport, il serait donc naturel que le chiffre des infractions constatées par les comptes rendus éprouvât une gradation progressive; et si cette gradation était renfermée dans de certaines limites, il n'y faudrait voir que le chiffre révélateur, non d'une criminalité plus intense, mais de l'état habituel et pour ainsi dire normal de la situation morale de la société.

On lit dans le rapport de M. le garde des sceaux qui précède le compte de 1850 : « Pendant le quart de siècle écoulé de 1826 à 1850 inclusivement, les Cours d'assises des quatre-vingt-six départements ont jugé ensemble contradictoirement 134,003

accusations de toute nature, comprenant 185,075 accusés : c'est, en moyenne, 5,350 accusations et 7,403 accusés par année. Ce nombre moyen de 5,350 accusations est, à quelques unités près, celui de la première année de toute la période (1826) et celui de la dernière (1850). Considéré par période de cinq années, le nombre des accusations a peu sensiblement varié. De 1836 à 1840, leur nombre moyen annuel a été de 5,728 : c'est le nombre le plus élevé. Viennent ensuite : la période de 1826 à 1830, où il y en a eu 5,376; celle de 1841 à 1845, où le nombre moyen des accusations a été de 5,292; celle de 1831 à 1835, où il est de 5,244, et enfin la dernière, celle de 1846 à 1850, où l'on ne compte, année moyenne, que 5,159 accusations jugées contradictoirement par les Cours d'assises. *Le nombre des accusations, loin d'augmenter durant le dernier quart de siècle, aurait donc diminué.* »

Depuis 1850, cette proportion a-t-elle changé? Nous trouvons en 1851, 5,287 accusations; en 1852, 5,340; en 1853, 5,440. Le dernier rapport de M. le garde des sceaux signale en ces termes ces variations : « Les Cours d'assises ont jugé 5,440 accusations contradictoires en 1853; c'est 100 de plus qu'en 1852, et 153 de plus qu'en 1851. L'accroissement de la population durant ces deux années suffirait presque seul pour expliquer cette augmentation. » On peut ajouter que ce chiffre de 5,440 accusations est encore inférieur au chiffre de 1826, qui était de 5,728, et qu'ainsi, si l'on tient compte surtout de l'accroissement de la population, la diminution du chiffre des accusations demeure certaine.

Veut-on maintenant prendre le chiffre non plus des accusations, mais des accusés? Si l'on divise les vingt-cinq années en périodes de cinq années chacune, comme on l'a fait pour les accusations, on trouve, pour la première période (1826 à 1830), un nombre moyen annuel de 7,130 accusés; pour la seconde période (1831 à 1835), 7,466 accusés; pour la troisième (1836 à 1840), 7,885 accusés; pour la cinquième enfin (1846 à 1850), 7,430 accusés. Le nombre moyen annuel des vingt-cinq années est de 7,403. En 1851, ce nombre a été de 7,071, en 1852 de 7,096, en 1853 de 7,317. Ici encore nous n'apercevons aucune augmentation, et l'on peut répéter seulement avec le ministre : « Si l'on ne savait depuis longtemps combien se modifient lentement les lois qui régissent les faits de l'ordre moral,

il y aurait lieu de s'étonner de la faiblesse des différences qui existent d'une année à l'autre. »

Il suit de là que, en ce qui concerne le nombre des accusations et des accusés, la criminalité n'a pas sensiblement varié, qu'elle a même plutôt diminué qu'augmenté. Comment donc comprendre cette double assertion, « que le nombre des crimes s'est en général accru dans des proportions considérables, et que cet accroissement anormal s'est surtout produit parmi les méfaits les plus dangereux? » Ces affirmations tombent tout simplement devant les faits : il est démontré que depuis 1826, époque où les statistiques criminelles ont été établies, ni le nombre des accusations ni celui des accusés n'ont augmenté. Il est également démontré, si l'on veut faire cette appréciation sous l'influence des modifications apportées à notre législation pénale par la loi du 28 avril 1832, que, depuis cette dernière époque, le nombre des mêmes accusations ou accusés est demeuré à peu près stationnaire ou n'a subi que d'insignifiantes oscillations, malgré l'accroissement de la population, malgré le perfectionnement que l'action judiciaire a acquis.

Il est vrai qu'on porte la question sur un autre terrain : ce ne sont pas les crimes qui ont augmenté, ce sont les délits et les contraventions ; ce ne sont pas les accusations criminelles, ce sont les poursuites correctionnelles et de simple police.

Je pourrais répondre que cette augmentation des délits et des contraventions, qui est réelle, tient à des causes qu'il est facile d'assigner. Elle tient principalement :

1° A l'institution de moyens de surveillance nouveaux : l'institution faite en 1852 et 1853 de nouvelles brigades de gendarmerie et de commissaires de police cantonaux. « La création, dit M. le garde des sceaux dans le rapport de 1853, la création de 223 nouvelles brigades de gendarmerie et de 715 commissaires de police cantonnaux, en étendant sur tous les points de la France une surveillance plus active, a dû assurer la répression d'un plus grand nombre de délits. » Il est évident, en effet, que les nouveaux agents ont dû constater et dénoncer une foule énorme de contraventions et de petits délits qui demeuraient jusque-là complètement impoursuivis, lorsque aucune partie lésée ne les signalait à la vigilance du ministère public.

2° Aux lois nouvelles qui sont successivement venues créer, par leurs nouvelles prescriptions, un nombre considérable d'in-

fractions jusqu'alors tout à fait ignorées. Je ne veux pas faire remonter cette observation jusqu'à la loi du 28 avril 1832, qui a commencé à établir plusieurs incriminations correctionnelles non prévues avant elle, telles, par exemple, que les attentats à la pudeur sur les enfants et les vols dans les champs, qualifiés auparavant de simples maraudages. Plusieurs lois récentes ont multiplié ces incriminations : la loi du 27 mars 1851, sur la tromperie sur la nature ou la qualité des choses vendues, a produit, en 1853, 7,074 contraventions et 7,896 prévenus; la loi du 30 mai 1851, sur la police du roulage, a suscité 2,141 contraventions et 2,355 prévenus; le décret du 29 décembre 1851, sur la police des cabarets, a fait naître 2,002 contraventions et 2,100 contrevenants, etc.

3° A la constatation plus rigoureuse et plus exacte des délits spéciaux et des contraventions fiscales. On compte, en 1853, 4,078 poursuites en matière de douanes et de contributions indirectes, 4,734 en matière de pêche, 25,810 en matière de chasse, 63,026 en matière de forêts, etc. Or tous ces délits, qui forment les 6/10 du nombre total des délits, ne sont pas assurément, quoique leur nombre ait augmenté, l'indice d'une criminalité progressive.

En résultat, pendant l'année 1853, les 361 tribunaux correctionnels ont jugé 208,699 affaires. En 1852 ils en avaient jugé 197,394; en 1851, 171,177; de 1826 à 1850, ce nombre avait été, année moyenne, de 142,834. Voici comment M. le garde des sceaux signale cette augmentation dans le rapport des comptes de 1852 : « Cet accroissement porte pour la moitié environ sur les contraventions forestières, et pour le reste sur les délits communs. Pour ce qui concerne ces derniers, il doit être attribué en grande partie à la création de nouvelles brigades de gendarmerie dans les cantons qui en étaient dépourvus, et à l'établissement de commissaires de police cantonaux, dont la surveillance a dû amener la constatation de nombreux délits qui jusqu'alors restaient impunis. » Le ministre reprend dans le rapport des comptes de 1853 : « C'est en deux ans une augmentation de 36,922 affaires et de 39,706 prévenus. Il faut en chercher la cause principale, sinon l'unique cause, ainsi que je l'énonçais déjà dans mon rapport précédent, dans une plus exacte constatation des infractions à la loi, par suite d'une meilleure organisation de la police judiciaire, notamment dans

les communes rurales, où, jusqu'en 1852, son action était tout à fait insuffisante. »

Mais si je m'arrête à ces détails, c'est uniquement pour ne rien laisser sur mon chemin qui puisse peser sur la cause que je défends, car je n'en ai pas besoin. Pourquoi, en effet, a-t-on allégué que la criminalité était croissante et progressive? N'est-ce pas, comme on le verra tout à l'heure, pour accuser la faiblesse du jury, pour mutiler ses attributions, pour les transférer à des juges permanents? Or le jury ne connaît aujourd'hui que des faits qui sont qualifiés crimes par la loi; il ne connaît ni des simples délits ni des contraventions. Donc, si la progression de la criminalité ne résulte que du nombre plus considérable des contraventions et des délits, cette progression lui est tout à fait étrangère; on ne saurait à aucun titre, ce me semble, la lui imputer. Je n'ai donc point, à vrai dire, à m'occuper de l'augmentation de ces infractions; il me suffit que les crimes n'aient subi aucune augmentation réelle; et ce fait, d'après les résultats que j'ai constatés, est maintenant incontestable.

Nous arrivons au deuxième élément de la criminalité, à l'élément de la récidive. Les chiffres les plus précis vont nous révéler ici l'augmentation progressive du nombre des récidivistes; mais, il faut le reconnaître tout de suite, cette augmentation n'est qu'apparente; elle est purement et simplement le résultat d'une constatation plus exacte et plus efficace des condamnations antérieures. Le compte de 1850, en effet, fait connaître le nombre des récidives constatées annuellement parmi les accusés et les prévenus de 1826 à 1850<sup>1</sup>. Il résulte de ce tableau que le rapport des récidivistes au total des accusés et des prévenus, après s'être élevé progressivement de 1826 à 1840, s'est maintenu à peu près stationnaire de 1841 à 1850. L'accroissement assez sensible qui s'était manifesté à dater de 1833 était dû à deux causes: 1° à la loi du 28 avril 1832, qui a rangé parmi les délits les infractions au ban de la surveillance, qui jusque-là avaient été réprimées administrativement; 2° à une modification dans le mode des relevés: les prévenus en récidive, qui jusqu'à la même époque n'étaient comptés qu'une seule fois dans les tableaux, lors même qu'ils avaient été jugés

<sup>1</sup> Tableau annexe J, p. cxvi.



à plusieurs reprises dans le cours de la même année, ont été comptés autant de fois qu'ils ont subi de jugements. De 1841 à 1850, il y a eu, année moyenne, 251 accusés en récidive sur 1,000; pour les prévenus, la proportion n'a été que de 173 sur 1,000.

A compter de 1851 les chiffres vont s'élever. Une circulaire du 6 novembre 1850 a prescrit l'établissement, dans tous les greffes des tribunaux d'arrondissement, de casiers destinés à recevoir les bulletins de toutes les condamnations prononcées en matière criminelle ou correctionnelle. Cette institution facilite singulièrement la constatation des récidives, puisqu'il suffit de connaître le lieu d'origine d'un individu pour connaître aussitôt, à l'aide d'un extrait des casiers, les renseignements les plus exacts sur ses antécédents judiciaires. Il est évident qu'une telle mesure a dû avoir pour conséquence immédiate l'élévation du chiffre des récidives. Le rapport qui précède le compte de 1851 porte : « On remarque en 1851 un accroissement marqué dans le nombre des récidives, tant parmi les accusés que parmi les prévenus. En 1850, les Cours d'assises et les tribunaux correctionnels en avaient jugé 26,402; ils en ont jugé 28,706 en 1851 : c'est 2,304 de plus, environ 9 pour 100. C'est moins une augmentation qu'une constatation plus complète des récidives; elle est due sans doute à l'institution des casiers judiciaires, qui a permis de mieux connaître les antécédents des individus traduits en justice. » Le rapport qui précède le compte de 1852 dit encore : « L'accroissement du nombre des récidives parmi les accusés et les prévenus ne s'est point ralenti. Il n'y en avait eu que 28,706 en 1851, et l'on en compte 33,005 en 1852, soit 4,299 de plus. Cette augmentation est évidemment due en grande partie à l'institution des casiers judiciaires, et à la facilité qu'elle offre pour rechercher et constater les antécédents judiciaires de tout individu. » Enfin le rapport de 1853 répète de nouveau : « Les accusés en récidive formaient en 1853 près du tiers : 328 sur 1,000 du nombre total des accusés traduits devant les Cours d'assises. La proportion n'était que de 311 sur 1,000 en 1852, et de 283 sur 1,000 en 1851. Cet accroissement du nombre des récidivistes depuis trois ans tient en grande partie à l'établissement des casiers judiciaires. » Ainsi, si les chiffres ont changé, il est évident que la marche de la criminalité n'a subi aucune altération sensible.

Et puis il y a lieu de remarquer que la progression des récidives, existât-elle bien réellement, ne provoquerait pas des mesures de la même nature que la progression des infractions pénales. Celle-ci peut révéler, en effet, soit que les peines n'exercent pas une intimidation suffisante, soit que les juridictions sont inactives ou débiles; la progression des récidives n'accuse ni la peine ni la juridiction: elle ne démontre que l'impéritie du mode d'exécution des condamnations. Si les peines appliquées, quelles qu'elles soient, avaient déployé dans l'exécution les deux forces que toutes les peines doivent contenir, la répression et la correction, les récidives auraient promptement diminué. Le système pénitentiaire, qui a produit tant de beaux livres et si peu de résultats, n'a réalisé encore, il faut le reconnaître, presque aucune des promesses qu'il avait faites. Est-ce que les théories ont été convaincues d'impuissance? Non; mais on n'a pas encore sérieusement essayé de les éprouver. On les a beaucoup discutées, et on s'est arrêté là. Ce n'est point ici, au surplus, le lieu d'entrer dans ce sujet, qui nous mènerait trop loin. Je veux seulement indiquer que la progression des récidives peut conduire à une réforme du régime des prisons, mais qu'on ne saurait raisonnablement en faire sortir la réforme des compétences et des juridictions.

Il est donc hors de doute que le flot de la criminalité ne s'élève pas d'année en année, comme on le prétend sans cesse, qu'il demeure à peu près au même niveau, et que si l'on voulait à toute force apercevoir dans ses mouvements une progression, cette progression, presque insensible, ne serait que la conséquence naturelle de l'augmentation successive de la population, des prohibitions nouvelles créées par les lois et de l'imperfection de nos institutions pénitentiaires. Ce n'est pas à dire que l'état actuel nous semble satisfaisant et qu'il ne faille pas employer toute notre science et toutes nos forces à l'améliorer: c'est une triste perspective que ce retour périodique et en quelque sorte fatal de plusieurs milliers de crimes dont la perpétration annuelle semble comme une loi de notre état social. Mais si cette situation morale n'est pas aussi bonne que nous devons le désirer, il ne faut point l'exagérer; il ne faut point surtout, en s'appuyant sur les chiffres des statistiques, chiffres si fallacieux quand ils contiennent des faits moraux, et sans en scruter la valeur et la véritable signification, jeter l'alarme pour arriver

à des mesures qui, étrangères à la source du mal, seraient complètement impuissantes à le guérir.

Nous revenons maintenant aux deux propositions que nous voulons examiner. La première, on l'a déjà dit, consiste à abaisser au rang des simples délits, pour les enlever au jury et les déléguer aux juges correctionnels, tous les faits qui sont aujourd'hui frappés de la dégradation civique, de la réclusion et même, dans certains cas, de celle des travaux forcés à temps<sup>1</sup>.

Quelques mots, je l'espère, suffiront sur ce premier point. N'est-ce pas une idée étrange, en premier lieu, que de vouloir changer d'un trait de plume la qualification de tous les faits, quels qu'ils soient, qui se trouvent aujourd'hui punis de telle ou telle peine? Est-ce que la criminalité de ces faits s'est tout à coup transformée? Est-ce que leur gravité morale s'est atténuée? Est-ce qu'ils font courir de moindres dangers à l'ordre social? Les crimes d'avortement, d'attentat à la pudeur, de faux témoignages, de vols domestiques, sont-ils devenus plus rares? Nul n'oserait le dire. Comment donc justifier aux yeux de la conscience publique cette atténuation subite et générale du caractère criminel de tous ces actes? Les proclamer simples délits, n'est-ce pas les déclarer moins coupables et moins dangereux, n'est-ce pas reconnaître qu'ils ne méritent pas d'être classés parmi les crimes? N'est-ce pas faire tomber cette barrière que la qualification du fait et celle de la peine élèvent au devant des pas de l'agent? Je comprendrais qu'après avoir profondément étudié les éléments de telles ou telles incriminations qui encourent aujourd'hui les peines de la dégradation civique, de la réclusion ou des travaux forcés, on pût trouver que quelques-uns des faits qui en sont l'objet ont été arbitrairement classés dans la catégorie des crimes. Je comprendrais qu'en soumettant à une révision nouvelle les incriminations du Code, on arrivât à modifier quelques classifications. Une telle étude faite avec maturité pourrait produire de bons résultats, et l'on ne pourrait qu'y applaudir. Mais j'ai peine à concevoir que, comme le propose l'un des deux écrits que nous examinons, toute une série de faits qui n'ont entre eux aucune relation, par cela seul qu'ils sont frappés de l'une de ces peines, soient, sans examen de leurs caractères différents, sans appréciation des conditions

<sup>1</sup> M. Rousset, *Revue*, p. 263.

de leurs incriminations diverses, rejetés à la fois et pêle-mêle de la classe des crimes dans celle des délits. Il ne s'agit point, en effet, d'une catégorie spéciale de faits de même nature, ce sont des faits qui appartiennent à des criminalités distinctes, qui troublent l'ordre sous des rapports entièrement différents. Comment donc expliquer une mesure commune qui vienne tout à coup les saisir et les modifier? Quand toute la science et toutes les méditations des criminalistes ont pour objet d'établir une juste proportion, une sorte d'équation entre la gravité de la faute et la qualité de la peine, comment admettre que, sans étude et sans enquête préalables, toutes les proportions établies par la loi soient brisées, et qu'un rapport nouveau vienne confondre sous son uniformité tant d'actions dont la valeur morale et le péril sont évidemment dissemblables?

Je sais bien que cette atténuation ne serait qu'apparente, et que si elle est dans les mots, elle ne serait point au fond des choses. Je sais que l'aggravation des peines afflictives ou infamantes serait rachetée, dans l'esprit des auteurs de la proposition, par la durée des peines correctionnelles qui peuvent s'étendre à dix années d'emprisonnement et par la certitude plus grande que pourrait acquérir l'application de ces peines dans les mains des juges correctionnels. Je reviendrai tout à l'heure sur ce dernier point; mais, en supposant même une répression plus assurée, une pénalité non moins rigoureuse sous une dénomination nouvelle, n'y aurait-il pas quelque chose de grave à modifier tout à coup le caractère légal de tant de faits immoraux que la loi flétrit aujourd'hui du nom de crimes? Ne serait-ce pas faire supposer que les incriminations de la loi pénale sont purement arbitraires et dépendent de la volonté capricieuse du législateur? Qu'il peut à son gré qualifier crime ou délit les faits qu'il punit? Que la gravité des actes ne dépend pas du danger social qui y est attaché et de leur immoralité intrinsèque, mais d'une classification toute artificielle? Que les règles qui président à la distribution des peines sont des règles flexibles, inertes, qu'on écarte ou qu'on applique suivant les circonstances, et que la criminalité qu'elles proclament est plutôt conventionnelle que réelle?

Nous passons immédiatement à la seconde proposition mise en avant par nos deux auteurs : c'est ici que se sont réunis tous leurs efforts, et on reconnaît sans peine qu'elle est beaucoup

plus grave que la première. Il s'agirait de ravir au jury le pouvoir de déclarer des circonstances atténuantes pour le transférer, soit à la chambre du conseil, suivant M. Rousset; soit à la chambre d'accusation, suivant M. Bonneville, afin que la chambre du conseil ou la chambre d'accusation, après les avoir consacrées sur l'instruction écrite, pût, dans le cas où cette constatation rendrait le crime passible des peines purement correctionnelles, renvoyer l'affaire devant les juges correctionnels.

Ce n'est pas la première fois qu'on a essayé d'enlever au jury, en l'accusant d'incapacité ou de faiblesse, le droit d'apprécier et de déclarer les circonstances atténuantes. Déjà, en 1840, M. Collard proposait de transférer cette déclaration du jury à la Cour d'assises<sup>1</sup>. On soutenait alors que la déclaration des circonstances atténuantes ayant pour but l'atténuation de la peine, et le droit de déterminer le degré de la peine dans les limites du maximum au minimum, n'appartenant qu'à la Cour, c'était à la Cour, par voie de conséquence, que devait appartenir le droit de les constater.

Je crus devoir à cette époque combattre une opinion qui pouvait avoir quelque influence sur beaucoup d'esprits trop exclusivement préoccupés des intérêts de la répression; et après avoir démontré que le système des circonstances atténuantes, loin d'avoir affaibli la répression, l'avait au contraire singulièrement affermi en diminuant immédiatement le nombre des acquittements, j'essayai d'apprécier ce système lui-même. Qu'il me soit permis de rappeler ici quelques-unes de ces observations: elles répondent à plusieurs des critiques soulevées par les deux écrivains dont nous examinons les écrits; elles prouvent en même temps que si je viens aujourd'hui défendre la loi contre eux, je ne me dissimule nullement ses défauts et ses faiblesses.

« Les circonstances atténuantes ne sont pas autre chose que des excuses plus ou moins efficaces, et qui demeurent indéfinies à raison de la difficulté de les prévoir et de les définir. Or cette difficulté n'existe pas à l'égard de toutes les circonstances: il en est que la loi aurait pu parfaitement caractériser, et cela est d'autant plus évident que notre législation pénale n'a admis qu'un très-petit nombre d'excuses. L'âge n'a ce caractère que jusqu'à seize ans; la provocation n'atténue que les crimes contre

<sup>1</sup> *Du système des circonstances atténuantes, 1840.*

les personnes et seulement quand elle est violente; l'ivresse, la faiblesse d'esprit, la démence partielle, l'absence de l'éducation, la misère, la pureté de la vie antérieure ne sont pas même mentionnées par le Code dans l'appréciation de la valeur morale des actions. Les circonstances atténuantes peuvent donc se diviser en deux classes : les unes qui s'attachent à certains délits et qui peuvent être définies par la loi; les autres, plus vagues, plus insaisissables, et que la loi ne peut pas énumérer par la crainte de les limiter. Il est évident que les premières doivent exercer plus d'action que les autres sur la mesure de la peine; ce sont les plus graves; leur influence peut être appréciée. A l'égard des autres, le législateur doit conserver plus de réserve, car il ne peut avoir la même confiance; il accorde un peu à l'aventure une puissance certaine à des circonstances inconnues; il admet au rang des excuses des faits dont il ne peut apprécier la portée morale.

» Le premier vice de notre système d'atténuation est donc de comprendre dans une formule générale tous les faits quelconques d'atténuation, sans demander quelle est leur nature, quels sont leurs titres; d'envelopper dans les mêmes dispositions toutes les excuses, les plus bizarres comme les plus graves, les plus justes comme les plus fausses, et de leur attribuer à toutes, quelles qu'elles soient, les mêmes effets. Nous ne craignons pas de le dire : cette généralité, cette indéfinition, si l'on peut s'exprimer ainsi, en confondant les bonnes excuses avec les mauvaises, a puissamment contribué à faire accuser un système qui est fondé sur les plus saines idées de justice distributive. Il fallait, dans une disposition générale, définir toutes les causes d'atténuation qui pouvaient l'être, et il fallait ne laisser dans une formule indéfinie que celles qui ne pouvaient être nettement précisées.

» Une deuxième erreur de la réforme a été d'attacher à la déclaration de ces circonstances des effets trop étendus. Sur cette seule déclaration, lorsque les jurés l'ajoutent à un verdict de culpabilité, la Cour d'assises est obligée non-seulement d'atténuer la peine prononcée par la loi, mais de changer, si ce n'est quand il s'agit de peines correctionnelles, la nature même du châtiment en lui en substituant un autre. Ce n'est pas tout : cette déclaration a paru si puissante qu'elle communique à la Cour elle-même je ne sais quelle attribution, en vertu de laquelle elle peut elle-même examiner si le fait est excu-

sable, et abaisser encore la peine jusqu'au degré d'une peine inférieure. Il serait difficile d'expliquer cette double combinaison par la seule application des principes théoriques de la matière.

» Le législateur, en effet, s'est volontairement dépouillé d'un pouvoir qu'il ne devait pas abdiquer. L'admission des circonstances atténuantes a deux résultats distincts : elle modifie le caractère moral du fait, elle efface sa qualification légale ; car cette qualification n'est plus qu'une fiction dès que la peine, base unique de la classification des délits, le transporte dans une autre classe ; ensuite elle change la nature du châtement. Or ce double résultat confond essentiellement des pouvoirs que la nature même des choses a séparés.

» Il ne peut appartenir qu'au pouvoir social, à la loi, d'apprécier le caractère moral des actions et de fixer la place qu'elles doivent occuper dans la classification des faits punissables. Cette appréciation suppose une étude approfondie des conditions de l'ordre social, des intérêts généraux de la société et des faits qui s'y succèdent incessamment ; or ces notions, le législateur seul est en position de les réunir ; seul il peut, en s'appuyant sur le principe de conservation qui est la base de la loi pénale, et sur les règles de la loi morale, qui en sont la limite, fixer, d'après son caractère et ses résultats, la nature légale de chaque action. Il serait illusoire, il serait dangereux de demander aux jurés une telle détermination, car ils n'ont pas les éléments nécessaires pour la prendre, et ils ne sont pas placés au point de vue nécessaire pour cette opération ; ils ne voient que le fait qu'ils ont à juger ; ils ne voient pas l'ensemble des faits de la même nature ; ils ne jugent qu'un acte, et le législateur les juge tous. Ensuite ils n'ont pas la mission de remonter aux causes générales, d'interroger l'état moral du pays, de discuter l'utilité de telle ou telle peine ; leurs fonctions ne s'élèvent point si haut ; elles sont déjà assez étendues ; tout ce qui peut déterminer la moralité des faits qui leur sont soumis leur appartient ; mais le caractère légal de ces faits n'appartient qu'à la loi...

» Et puis c'est un principe incontestable du droit pénal que les peines ne doivent jamais être arbitraires, c'est-à-dire à la discrétion du juge. Sans doute, la loi doit faire la part de puissance du juge dans l'application des peines ; car, nous l'avons dit, la loi ne peut prévoir les faits de moralité et les nuances qui séparent les agents ; mais cette puissance doit avoir pour limite

le minimum légal de chaque nature de châtiement. Le juge entreprend sur le domaine de la loi quand il substitue une peine à une autre peine ; car il change le caractère légal du fait qu'il punit. Cet abus, au reste, est très-ancien ; il se faisait sentir sous la législation romaine, quand le principe de l'équité, exerçant sa bienfaisante influence sur la loi pénale comme sur la loi civile, commençait à en tempérer les dispositions rigoureuses. Ulpien, en reconnaissant le principe nouveau de l'atténuation des peines, *hodiè*, voulait le restreindre dans de certaines limites : *Ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat*. Dans notre ancienne jurisprudence, cet abus existait dans toute sa force. Le petit nombre d'édits qui étaient intervenus sur les matières criminelles avait forcé les parlements de recourir, pour tous les cas non prévus, à la loi romaine, à la jurisprudence, aux usages ; on distinguait les crimes qui avaient une peine réglée à l'avance par les ordonnances ou les arrêts, et ceux dont la punition était abandonnée à l'arbitraire des juges. Même dans le premier cas, les pénalités prescrites étaient sans cesse modifiées, ainsi que l'attestent les nombreuses ordonnances qui font défense de modérer les peines fixées dans quelques matières. Le Code pénal de 1791 ne fut qu'une éclatante réaction contre ce système ; mais le législateur tombe d'un excès dans un autre excès ; la puissance du juge fut trop étroite ; elle fut même anéantie tout à fait ; les peines étaient fixes et invariables, comme si les actions humaines étaient empreintes de cette immobilité. Le Code de 1810 se rapprocha des véritables principes ; les peines fixes furent proscrites ; le juge put se mouvoir dans les limites d'un maximum et d'un minimum ; les deux pouvoirs du législateur et du juge, quant à la distribution des peines, furent compris et appliqués, en général, suivant les règles que la théorie leur assigne : la nature de chaque peine était fixée, et le juge ne pouvait qu'en diminuer la quantité. Mais, dans ce Code, le maximum et le minimum des peines étaient à la fois trop élevés ; et c'est pour remédier à cet inconvénient qui produisait l'impunité que le législateur, ne touchant que l'un des termes de la difficulté et ne s'occupant que du minimum, attribua aux juges une puissance presque illimitée de l'abaisser. C'est ainsi que nous sommes revenus aux peines arbitraires, aux peines qui sont appliquées, non par la volonté de la loi, mais par la volonté du juge.



» La déclaration du jury sur les circonstances atténuantes ne devrait avoir, suivant nous, d'autre effet que d'entraîner une diminution de la peine portée par la loi. Ainsi, supposons que cette peine soit les travaux forcés à temps, la reclusion ou l'emprisonnement, la déclaration du jury pourrait faire descendre chacune de ces peines à quatre, trois ou deux ans. Ce n'est que lorsque la peine n'a qu'un degré, comme la peine de mort ou la dégradation civique, que la déclaration du jury doit entraîner la substitution d'une autre peine. Au lieu de se renfermer dans cette limite, la loi a donné d'abord à la déclaration du jury l'effet de changer, dans certains cas, la nature même de la peine, et ne s'arrêtant pas à cette atténuation, elle a conféré à la Cour d'assises le même pouvoir qu'au jury avec les mêmes effets. Ce mécanisme n'a pas seulement pour résultat de laisser les peines sans minimum appréciable, d'établir, en un mot, des peines véritablement arbitraires; il investit la Cour d'assises d'une portion de pouvoir qui n'appartient qu'au jury; car les circonstances atténuantes, on l'a déjà dit, ne sont que des faits d'excuse, des démembrements du fait principal, des nuances de ce fait; il ne faut pas confondre ces excuses indéfinies avec l'atténuation pénale qui en est la conséquence; l'atténuation, comme tout ce qui concerne la mesure de la peine, appartient à la Cour; mais le droit de reconnaître les faits qui la motivent, tous les éléments qui font partie de la moralité de ces faits, n'appartient qu'au jury. La Cour doit être provoquée par la déclaration des circonstances atténuantes à abaisser la peine jusqu'à son minimum; mais là doit s'arrêter son pouvoir, et ce n'est qu'en outre-passant cette limite qu'elle peut être appelée à apprécier l'existence de ces circonstances et à subordonner le degré de la peine à sa propre décision sur le point de fait<sup>1</sup>. »

Ces observations, que nous avons voulu reproduire ici pour démontrer que ce que nous prétendons défendre c'est moins la loi elle-même que les fondements de la législation pénale, établissent à quel point de vue et sous quel rapport cette législation pourrait recevoir utilement quelques modifications. Le principe des circonstances atténuantes est excellent en lui-même, puisqu'il constitue le seul moyen d'arriver à une plus

<sup>1</sup> *Revue de législation*, 1843, t. I, p. 99.

exacte distribution de la justice ; mais il importe de distinguer le principe lui-même et la formule qui lui a été donnée. Cette formule sera sans doute quelque jour rectifiée de manière à concilier, comme nous le proposons, les droits trop insoucieusement délaissés par la loi, et les droits trop étendus ou tout au moins trop indéfinis du juge. Mais est-ce là ce que veulent les deux écrits dont nous rendons compte ? Se bornent-ils à présenter quelques perfectionnements dans l'application des principes de notre Code, à développer en les affermissant les bases actuelles de notre système pénal, à simplifier les formes sans détruire les règles ? Non, telle n'est point leur pensée : il ne s'agit point d'effacer quelques taches que tous les criminalistes ont remarquées dans nos lois pénales, de soumettre à une nouvelle étude la rédaction un peu négligée de quelques-unes de ces lois, de poursuivre le développement des véritables principes du droit ou de provoquer le retour à ces principes quelquefois délaissés ; il s'agit de toute autre chose : c'est un système nouveau qui prétend remplacer le système que de longues années ont consacré ; c'est une innovation radicale dans les formes de notre procédure, c'est une innovation dans les règles de la compétence. Il faut donc avancer avec prudence et examiner avec soin.

Trois propositions principales se présentent à notre appréciation. Il s'agit de savoir : 1° si les chambres du conseil et d'accusation peuvent être compétentes pour relever et constater les circonstances atténuantes ; 2° si la juridiction correctionnelle peut, sans détriment pour la justice, être saisie des faits qualifiés crimes ; 3° si l'administration de la justice criminelle serait réellement améliorée par les restrictions qu'on propose d'apporter aux attributions et aux pouvoirs des Cours d'assises et du jury.

Arrêtons-nous d'abord à l'attribution nouvelle que l'on prétend conférer aux chambres du conseil et d'accusation. Une première innovation en serait la conséquence nécessaire. Dans l'état actuel de notre législation, ces chambres sont l'une et l'autre incompétentes pour connaître des faits d'excuse. C'est là une règle qui, depuis la promulgation de notre Code, n'a cessé de régir la jurisprudence et de diviser les attributions des diverses juridictions. Or il faut nécessairement la détruire pour arriver à armer les chambres du conseil et d'accusation du

droit de déclarer les circonstances atténuantes, car ces circonstances ne sont pas autre chose que des faits d'excuse indéterminés, et il serait contradictoire qu'elles eussent compétence pour apprécier quelques-uns de ces faits et non pour les apprécier tous. On affirme, à la vérité, que cette règle n'est qu'une conséquence inexactement déduite de quelques textes mal entendus, que ni les articles 231, 339 et 340 du Code d'instruction criminelle, ni l'article 326 du Code pénal, ne réservent expressément au jury l'appréciation des faits d'excuse. Mais est-ce donc là seulement une question de textes? Ce n'est point parce qu'aux termes de l'article 326 du Code pénal et de l'article 231 du Code d'instruction criminelle l'excuse ne change pas la qualification du fait, ce n'est point parce qu'aux termes des articles 339 et 340 le jury est appelé à prononcer sur les faits d'excuse, qu'il y a lieu de lui maintenir cette attribution : c'est parce qu'elle lui appartient nécessairement et par la force même des choses.

« En supposant, disait M. Merlin, lorsque cette question se présenta pour la première fois en 1812, en supposant que l'excuse fût rentrer le fait dans la classe des délits, encore faudrait-il que la preuve en fût complètement acquise lorsque la procédure se trouve encore devant la chambre d'accusation, car cette chambre n'est instituée que pour apprécier des indices et des présomptions. Et comment pourrait-elle les envisager comme des preuves? Elle ne sait pas si ces prétendues preuves ne s'évanouiront pas dans une discussion contradictoire<sup>1</sup>. » La Cour de cassation déclara, conformément à cette opinion, « que jamais une chambre d'accusation ne peut considérer l'instruction qui lui est soumise comme renfermant la preuve pleinement acquise, soit du fait principal, soit des circonstances; que cette instruction faite sans solennité, qui n'a pas été livrée à un débat public entre la partie publique, la partie civile, le prévenu et les témoins, ne peut présenter à une chambre d'accusation que des présomptions et des indices<sup>2</sup>. »

Cette doctrine est parfaitement vraie. Les chambres du conseil et d'accusation n'ont d'autre mission que d'examiner les actes de l'instruction pour en régler le cours. Elles recherchent,

<sup>1</sup> Rép., v<sup>o</sup> Excuse, n<sup>o</sup> 6.

<sup>2</sup> Cass. 6 nov. 1812 et 25 fév. 1813.

non point si les faits incriminés existent réellement, mais s'il y a présomption suffisante qu'ils existent, et si, en supposant cette existence, ils seraient punis par la loi. Elles examinent, non le degré de culpabilité des prévenus, mais s'il y a lieu de les mettre en prévention; non si la procédure fournit des éléments suffisants pour juger, mais si les éléments qu'elle contient sont assez graves pour motiver le renvoi devant les tribunaux répressifs. Ainsi, et comme nous l'avons dit ailleurs, « cette juridiction, comme une puissante barrière élevée entre l'instruction et les juges du fond, arrête et rejette toutes les poursuites qui sont dénuées de fondement, toutes les informations qui ne sont pas établies sur de graves indices ou sur des preuves, toutes les procédures témérement commencées et dont la continuation constituerait un abus judiciaire; elle ne laisse arriver au seuil de la justice que les préventions qui, sérieusement élaborées, portent en elles-mêmes la forte présomption que les faits incriminés existent, qu'ils sont punissables et que les inculpés en sont les auteurs <sup>1</sup>. » Voilà la véritable et la seule mission des chambres du conseil et d'accusation : leurs fonctions se bornent à apprécier la régularité de l'instruction, à recueillir les indices, les probabilités, les présomptions qu'elles ont relevées, et, d'après ces premières données, à admettre, s'il y a lieu, la prévention et à désigner la juridiction qui doit en connaître.

Or, déclarer qu'un crime est excusable, est-ce seulement reconnaître la probabilité de l'existence de ce fait, est-ce seulement constater les indices qui doivent faire admettre les poursuites et en régler la marche? C'est évidemment tout autre chose : car, pour reconnaître une excuse, il ne suffit pas de peser les indices et les charges qui font présumer l'existence du fait, il faut entrer dans l'appréciation de sa criminalité; il faut plus encore, il faut pénétrer dans la culpabilité de l'agent, il faut en examiner les degrés et les nuances; il faut véritablement le juger. Admettre une excuse, en effet, n'est-ce pas admettre à la fois et la culpabilité de l'agent et son atténuation? Et comment apprécier l'atténuation d'une culpabilité que l'on n'a pas mission d'examiner? A la vérité, la chambre du conseil et la chambre d'accusation ont compétence pour rechercher si l'agent

<sup>1</sup> *Traité de l'instr. crim.*, t. VI, p. 5.

a agi avec une intention criminelle, et par conséquent pour connaître des faits de démence, de force majeure ou de légitime défense, puisque, si ces faits sont constatés, il n'y a plus d'intention qui soit imputable. Mais quel est le fondement de cette attribution? C'est qu'il ne suffit pas, pour constituer une prévention, que le fait considéré en lui-même ait les caractères d'un crime, il faut qu'il soit imputable à l'agent; car il importerait peu qu'il fût en général punissable, s'il ne l'était pas dans la personne de l'individu auquel il est imputé: ce que la justice pénale flétrit, ce ne sont pas des actes pris abstractivement, ce sont les agents qui se sont rendus coupables de ces actes. Les deux chambres qui ont à statuer sur l'instruction doivent donc apprécier, non la culpabilité des prévenus, mais leur imputabilité. Les faits d'excuse, à la différence des faits justificatifs, sont en dehors de l'imputabilité qu'ils laissent intacte; ils n'ont d'autre effet que de modifier la culpabilité; ils ne peuvent donc appartenir à cette juridiction.

Cette conclusion s'applique avec une plus grande force encore aux circonstances atténuantes, c'est-à-dire à ces excuses multiples que la loi n'a point définies, et qui peuvent se présenter dans tous les faits, quels qu'ils soient, que chaque procès peut faire surgir. Les faits d'excuse, lorsqu'ils sont nettement précisés par la loi, établissent du moins des degrés tranchés dans la culpabilité; les circonstances atténuantes n'y apportent que des nuances. Les faits d'excuse, lorsqu'ils consistent, par exemple, dans une provocation, dans l'abandon d'une bande de rebelles avant tout avertissement, dans le fait d'avoir reçu pour bonne une monnaie qu'on émet avec la connaissance de sa fausseté, pourraient à toute force être recueillis dans l'instruction, si cette constatation n'était pas en dehors de sa mission générale; les circonstances atténuantes, qui ne consistent que dans des faits indéterminés et vagues, dont la loi n'a expliqué ni la source ni les caractères, échappent presque nécessairement aux constatations de l'instruction écrite. Il est sans doute quelques faits d'atténuation que cette procédure pourrait saisir: l'âge du prévenu, ses antécédents, sa bonne conduite antérieure, son état d'ivresse involontaire au moment du crime, le degré de son instruction, toutes les circonstances matérielles ou morales qui ont précédé la perpétration. Mais comment pourra-t-elle apercevoir ou deviner son attitude aux débats, les larmes

de son repentir, les protestations ou l'accent de vérité de sa défense, l'éducation qui a perverti son esprit, le degré de son intelligence, les souffrances qu'il a supportées, les suggestions auxquelles il a cédé, les luttes qu'il a soutenues? N'y aura-t-il pas impossibilité complète de constater à l'avance toute cette classe de faits d'atténuation qui ne se révèlent qu'aux débats et quand l'accusé est interpellé de se défendre en face des juges qui vont prononcer sur son sort? Y aura-t-il donc deux catégories de circonstances atténuantes, les unes qui, puisées dans les faits constatés par l'instruction, seront déclarées par les chambres du conseil ou d'accusation, les autres qui, puisées dans les débats, seront déclarées par le jury?

On se retranche toutefois derrière une opinion émise dans la *Théorie du Code pénal*, et qui reconnaît à la Cour d'assises, lorsqu'elle prononce en matière de contumace, sans débats ni jurés, la faculté de rechercher dans la procédure écrite s'il existe des circonstances atténuantes. Est-ce que cette question a quelque rapport avec la thèse que l'on met aujourd'hui en avant? L'arrêt de la Cour d'assises est un arrêt, non d'instruction, mais de condamnation; il prononce, non point un simple renvoi, mais des peines; il peut devenir définitif. Ne serait-il pas juste que ces peines qu'il prononce ne fussent pas plus élevées que la loi ne le demande, qu'elles fussent les mêmes que si l'accusé était présent et se défendait? S'il se trouve dans la procédure des faits qui légalement doivent atténuer le châtiement, pourquoi négliger ces faits, pourquoi les voiler aux yeux du juge, pourquoi arbitrer ce châtiement comme s'ils n'existaient pas? Mais ces motifs d'équité peuvent-ils être invoqués dans l'hypothèse actuelle? Il ne s'agit plus, puisque le prévenu est présent et que le débat est contradictoire, de chercher sa défense dans les pièces de procédure, il la présentera lui-même; il ne s'agit plus de suppléer à l'instruction orale par l'instruction écrite; cette dernière n'a plus de force comme preuve aussitôt que l'autre peut se développer. Que s'il peut être permis d'y chercher des circonstances atténuantes, d'ailleurs incomplètes et tronquées, c'est seulement et évidemment lorsqu'il est impossible de faire autrement. Il est donc étrange que l'on veuille faire tourner contre la défense elle-même une opinion qui n'a eu pour but que de la protéger.

Cette translation de la déclaration des circonstances atté-

nuantes aux chambres du conseil et d'accusation n'aurait, d'ailleurs, qu'un seul but : c'est la faculté de renvoyer la plupart des faits qualifiés crimes devant la juridiction correctionnelle. On fait le raisonnement suivant : aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du Code pénal, tout fait passible d'une peine correctionnelle est un délit ; et les délits sont justiciables des tribunaux correctionnels. Or les faits qualifiés crimes, lorsque les circonstances atténuantes ont été déclarées et que l'effet de cette déclaration est de substituer les peines correctionnelles aux peines afflictives et infamantes, ne doivent plus être considérés que comme de simples délits ; il est donc logique de les renvoyer devant la juridiction à laquelle le jugement des délits est attribué. Il y a bien des réponses à cette argumentation. L'article 1<sup>er</sup> du Code pénal n'est qu'une règle d'ordre établie pour la classification des infractions punissables, et à laquelle il ne faut point donner une portée qu'elle n'a pas. Cette règle ne fonde, d'ailleurs, la distinction des crimes, des délits et des contraventions que sur leur qualification légale : ce sont les infractions *que les lois punissent* de telle peine qui ont telle ou telle dénomination ; c'est le titre légal de l'infraction qui la caractérise aux yeux de la loi. Écartons donc cet article, qui ne peut avoir ici aucune application sérieuse. Que si l'on veut dire que le crime, modifié par la déclaration des circonstances atténuantes, peut être ramené aux proportions d'un délit et qu'il en prend alors la valeur morale, nous sommes tout à fait de cet avis et nous l'avons déjà soutenu, notamment en ce qui concerne l'application des délais de la prescription. Mais cette modification ne peut exercer aucune influence sur la compétence, puisqu'elle n'est que le résultat de l'appréciation définitive des juges du fond. Qu'importe cette appréciation, qui se puisera dans les débats, puisqu'il s'agit de régler la marche d'une procédure qui commence ?

On insiste et l'on dit : Pourquoi n'essayerait-on pas de faire avant les débats ce que l'on fait aujourd'hui après ? Pourquoi ne pas donner aux faits, dès qu'ils sont incriminés, leur caractère vrai ? Pourquoi ne pas substituer la vérité à la fiction d'une qualification mensongère ? C'est tout simplement parce que vous ne savez et vous ne pouvez pas savoir si cette qualification est ou n'est pas mensongère ; c'est que vous ne pouvez pas connaître encore la véritable valeur des faits ; c'est que vous n'avez pas les moyens, avant le débat, de faire une appréciation qui

puise tous ses éléments dans le débat même. Si vous déclariez, en effet, sur le vu de l'instruction écrite, que le fait n'a pas la valeur morale que lui attribue la qualification, vous ne seriez que substituer une présomption à une autre présomption ; car si la qualification légale peut attribuer à ce fait une valeur fictive, que seriez-vous autre chose lorsque vous lui substitueriez une autre qualification prise dans l'examen incomplet et tronqué de ses circonstances ? Et entre ces deux présomptions, n'est-il pas plus sage de choisir celle qui s'appuie sur des circonstances extérieures et matérielles, qui peuvent être facilement constatées, que celle qui se fonderait sur des circonstances morales, difficiles à apercevoir et susceptibles d'une appréciation diverse ?

Allons plus avant. Je suppose un moment que les chambres du conseil et d'accusation soient investies du pouvoir de reconnaître les circonstances atténuantes : je demande s'il est possible d'imaginer une compétence plus ondoyante et plus incertaine que celle qui résulterait de ce système. En général, la loi s'efforce d'établir des règles de compétence fixes et pour ainsi dire immuables ; l'intérêt général exige que les juridictions, placées au-dessus des passions et des intérêts des parties, soient les mêmes pour juger les mêmes faits ; c'est la stabilité de ces règles qui forme le fondement le plus sûr de la liberté civile. Eh bien ! cette stabilité va s'évanouir aussitôt que les attributions des chambres du conseil et d'accusation vont changer. Quelle sera, en effet, la règle modératrice de la déclaration des circonstances atténuantes qu'elles seront appelées à faire ? Il ne peut en exister aucune ; car c'est là une appréciation de fait qui échappera au contrôle sévère de la Cour de cassation. Les unes prendront donc pour base de leur déclaration certaines circonstances auxquelles les autres dénieront tout effet d'atténuation ; d'autres apercevront dans tous les procès des circonstances atténuantes par esprit systématique, et seulement pour les renvoyer en police correctionnelle ; d'autres résisteront à cette tendance et n'en verront nulle part. Ainsi la compétence, cette règle que la loi doit élever inébranlable à tous les efforts, flottera au gré de la volonté arbitraire du juge et des vues contradictoires qui le dirigeront, sans que les parties, ainsi dépouillées de leurs juges naturels, puissent trouver une seule voie de recours.



Nous nous trompons. Les ordonnances des chambres du conseil et les arrêts des chambres d'accusation, à moins qu'on n'arrive à changer encore cette règle, ne sont qu'indicatifs de juridiction, au moins en ce qui concerne la police correctionnelle. Les tribunaux correctionnels, qui se trouveront ainsi saisis de vive force du jugement de faits qualifiés crimes, pourront donc se déclarer incompétents. Mais alors quel sera le désordre de toutes les procédures! quels conflits viendront à chaque pas entraver leur cours! Vous dites que votre but est d'accélérer les instructions et de hâter le terme des détentions préventives, et vous suscitez d'inextricables involutions de formes. Le premier soin de chaque tribunal ne devra-t-il pas être de vérifier si ces circonstances atténuantes qui ont été déclarées par l'instruction, et qui fondent sa compétence, existent réellement? Et lorsqu'après avoir ouvert les débats, il ne les reconnaîtra pas, ne devra-t-il pas aussitôt décliner une juridiction purement conditionnelle, puisque la condition de cette juridiction ne se trouvera pas exister? Ainsi le sort de la compétence dépendra de l'appréciation délicate et arbitraire en elle-même de quelques circonstances vagues et presque insaisissables en elles-mêmes; serait-il possible qu'un législateur sensé pensât jamais à lui donner une base aussi fragile? On dira peut-être qu'elle dépend aujourd'hui de la constatation d'une circonstance aggravante, d'un fait d'escalade, d'effraction, de port d'armes, de complicité. Mais chacun de ces faits constitue un acte matériel facilement perceptible; chacun de ces faits est clairement défini par la loi, tandis que les circonstances atténuantes échappent à la fois à toute définition et à toute constatation. En faire la base de la compétence, c'est donc livrer cette compétence au plus complet arbitraire.

Suivons plus avant encore les conséquences de ce nouveau système. Je veux admettre que la juridiction correctionnelle ne se déclare point incompétente et qu'elle accepte la délégation que l'instruction lui a faite. Quels seront ses pouvoirs? Pourra-t-elle, à son tour, déclarer l'existence des circonstances atténuantes? Comment ne le pourrait-elle pas? Les circonstances reconnues dans les débats peuvent être tout à fait différentes des circonstances reconnues dans l'instruction, et puis l'article 463 contient une faculté générale d'atténuation qui appartient à tous les juges du fait, pour qu'ils puissent proportionner en dé-

finitive le degré de la pénalité au degré de la faute. On n'essaye donc pas d'écartier l'application de cet article; mais on dit: « Chacun des paragraphes qui le composent renferme, en ce qui touche les crimes, deux degrés d'atténuation: l'instruction pourra faire l'application du premier, et les juges correctionnels feront l'application du second. » Cette solution ne peut être que le résultat d'une étrange préoccupation. Supposons que le fait qui est l'objet de la prévention, par exemple un vol avec effraction dans une maison habitée, soit passible des travaux forcés à temps; la chambre d'accusation, pour renvoyer le jugement de ce crime à la police correctionnelle, devra nécessairement, conformément au § 5 de l'article 453, épuiser les deux degrés d'atténuation. Cela fait, le tribunal correctionnel se trouvera saisi, mais de quel fait? apparemment d'un simple délit, c'est-à-dire d'un fait qui n'est plus passible que de l'emprisonnement et de l'amende, puisqu'autrement il ne serait pas compétent, puisqu'il ne peut prononcer que ces deux peines. Or que porte le dernier paragraphe de l'article 463? que « dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées par le Code pénal, si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux correctionnels sont autorisés, même en cas de récidive, à réduire l'emprisonnement même au-dessous de six jours et l'amende même au-dessous de 16 francs. » Voilà donc un fait qualifié crime par la loi qui pourra, en définitive, être puni d'un jour d'emprisonnement ou d'un franc d'amende! Car on n'admettra pas apparemment que le même fait, renvoyé comme délit devant la juridiction correctionnelle, puisse reprendre, devant cette juridiction, le caractère de crime qui fait la base du § 5 de l'article 463; que, qualifié délit pour changer la compétence, il puisse à la fois être qualifié crime pour conserver la pénalité, qu'il soit en un mot en même temps jugé comme délit et puni comme crime. Ainsi on est conduit, par une invincible pente, à l'arbitraire le plus complet dans les peines comme dans les compétences; on est conduit au bouleversement du Code pénal comme du Code d'instruction criminelle.

Et maintenant, qu'est-ce donc que cette juridiction correctionnelle pour laquelle on se prend de tant de ferveur et d'amour et qu'on prétend enrichir de toutes les dépouilles du jury? La juridiction correctionnelle est, dans notre organisation judiciaire, une juridiction d'exception, car la juridiction générale et com-

munie est la Cour d'assises ; elle a pour mission le jugement des petits délits et même de quelques délits graves dont les éléments ne sont susceptibles d'aucune complication ; ses formes sont simples, ses délais rapides ; elle est organisée pour une prompte expédition des affaires nombreuses et en général minimes qui lui sont départies. Elle statue, pour la plupart du temps, sur citation directe, et sans information préalable : l'instruction orale lui suffit. Elle n'exige point de défenseur à côté du prévenu ; les explications verbales de celui-ci sont assez. En appel même, elle prononce presque toujours sur l'instruction écrite exclusivement. Renfermée dans le cercle de la compétence qui lui est propre, cette juridiction est une excellente institution ; elle répond à une nécessité sociale ; elle résulte de la nature même des choses. Elle est mieux organisée et elle présente de plus sûres garanties que les juges de police de l'Angleterre et même que les *petty sessions* des juges de paix.

Mais cette organisation, suffisante pour le jugement des délits, le sera-t-elle pour le jugement des faits plus graves que la loi a qualifiés crimes ? Il est possible, d'abord, qu'on obtienne par cette voie une plus grande rapidité dans l'expédition des affaires. Les prévenus des crimes susceptibles d'être atténués, au lieu d'attendre la session du jury, seront immédiatement traduits devant le tribunal correctionnel. Il faut toutefois remarquer qu'il y aura appel dans toutes ces affaires, à raison de leur gravité, que dans un grand nombre s'élèveront des conflits de juridiction ; par conséquent, la rapidité ne sera pas aussi grande qu'on peut le croire. Ensuite, quoiqu'il faille attacher un grand prix à la prompte expédition des affaires, il ne faudrait pas que cette promptitude coûtât quelque chose à la maturité de l'instruction et de l'examen. La justice n'est pas bonne par cela seul qu'elle procède avec célérité.

Il est possible encore que la certitude de la répression y gagne quelque chose. Les juges correctionnels n'ont peut-être pas les mêmes hésitations que le jury. Ils sont, comme tous les juges permanents, naturellement enclins à une appréciation plus sévère des actes humains. Les acquittements prononcés par cette juridiction ne sont actuellement que de 12 à 13 sur 100 prévenus poursuivis à la requête du ministère public ; les acquittements prononcés par le jury sont de 27 sur 100. On espère donc pouvoir éviter 14 acquittements sur 100 accusés par la sub-

stitution proposée. Il ne faudrait pas cependant considérer ce résultat comme tout à fait acquis. D'une part, les acquittements du jury proviennent, en grande partie, des erreurs et des retards de l'instruction écrite; or, il est évident que l'inexactitude des constatations et les prolongations des détentions préventives auront les mêmes effets devant toutes les juridictions. D'une autre part, est-il certain que la police correctionnelle, avec ses trois juges et ses débats brefs et célères, suffise au jugement des faits graves qu'on veut lui déléguer? Ne pourra-t-il pas arriver qu'elle fléchisse et qu'elle se trouve impuissante et débile dans l'exercice de ces nouvelles et hautes attributions? Ainsi, jusqu'à 1831, les prévenus de délits de presse et de délits politiques étaient traduits devant les tribunaux correctionnels, et la statistique constate « que ces tribunaux ne se montraient pas trop sévères envers les prévenus de ces sortes de délits, et qu'ils en acquittaient près de la moitié, 45 sur 100, tandis qu'en toute autre matière ils n'acquittaient que 27 sur 100 des prévenus jugés à la requête du ministère public (1). » N'y a-t-il pas lieu de craindre qu'en matière de crimes communs comme en matière de délits politiques, les tribunaux correctionnels, plus inquiets de leur responsabilité, moins fermes dans des fonctions qui dépasseraient leurs forces, n'y apportent pas toutes les qualités qu'ils montrent au jugement des simples délits?

J'admets cependant une procédure plus expéditive et une répression plus certaine. Est-ce donc là les seuls buts que la procédure pénale doit se proposer? Si elle doit chercher à atteindre le plus promptement possible toutes les infractions punissables, ne doit-elle pas en même temps entourer ses actes de toutes les formes et de toutes les garanties qui assurent leur infailibilité? Ce qui fait la force de la justice, ce n'est pas le nombre de condamnations qu'elle prononce et la gravité des peines qu'elle inflige, c'est l'opinion que tous ses jugements sont fondés, que toutes ses mesures sont justes. C'est parce que la conscience publique y voit une sanction de ses propres appréciations qu'elle s'incline devant ses décrets. Or cette opinion ne se fonde qu'à la vue de ces formes tutélaires qui enveloppent tous les actes de l'action judiciaire et semblent en écarter toutes les erreurs; c'est dans ce sens que notre vieil Ayrault a pu dire que « jus-

<sup>1</sup> Rapport du compte de 1850.

tice n'est proprement autre chose que formalité; » car ce sont les formes qui assurent la liberté des citoyens, parce qu'elles garantissent leur défense; qui donnent aux jugements leur force, parce qu'elles garantissent leur impartialité; qui revêtent la justice même de sa majesté, parce qu'elles témoignent du calme et de la sagesse de ses actes. Écartez ou diminuez les garanties qui entourent aujourd'hui les jugements criminels, et vous enlevez immédiatement à la justice une partie de sa puissance. Peut-être vous jugerez plus vite, peut-être vous obtiendrez plus de condamnations; mais maintiendrez-vous à la même hauteur la confiance dans l'indépendance et l'impartialité du juge, la foi dans la vérité de ses jugements? Les droits et les intérêts, que la procédure a pour objet de protéger, se trouveront-ils aussi bien sauvegardés par les garanties de la procédure correctionnelle que par les garanties des débats de la Cour d'assises, par le tribunal correctionnel que par le jury?

Ceci nous ramène à cette question du jury qui domine en réalité toute cette controverse, puisque toutes les propositions n'ont qu'un seul et même but, c'est de le dépouiller d'une partie, la plus grande possible, de ses attributions, c'est d'en réduire l'application.

« Le rôle si surchargé des Cours d'assises, dit M. Bonneville, serait dégrevé d'une masse d'affaires peu graves, qui toutes, après un vain déploiement de formes et de solennités rigoureuses, se terminent, en cas de verdict affirmatif, par l'application des peines correctionnelles de un ou deux ans d'emprisonnement. La durée des sessions d'assises, en moyenne de deux semaines, serait réduite de moitié, ce qui réduirait d'autant l'énorme impôt de 4,161 journées de dévouement que chaque année les jurés payent à la justice du pays. » M. Rousset va plus loin : la réduction du nombre des Cours d'assises est, suivant ce magistrat, une conséquence immédiate de la correctionnalisation. « Si en définitive, ajoute-t-il, cette correctionnalisation amenait une réduction dans le nombre des Cours d'assises, que les assises pussent dès lors être transférées au chef-lieu du ressort de la Cour impériale, ne serait-ce pas un résultat à présenter comme un argument de plus en sa faveur? » Ainsi, la réduction à moitié des fonctions des jurés, une seule Cour d'assises par chaque ressort de Cour impériale, voilà les résultats qu'on voudrait atteindre.

Il faut examiner d'abord en quelques mots les accusations qu'on porte contre le jury. Nous avons constaté tout à l'heure la marche de la criminalité; nous allons suivre maintenant celle de la répression, car c'est en proclamant la faiblesse de la répression qu'on arrive à attaquer le jury. Les éléments principaux de cette appréciation sont : 1° le nombre des acquittements; 2° la nature des condamnations prononcées.

En thèse générale, les acquittements, considérés au point de vue de la justice, sont un fait déplorable. En effet, ils attestent ou qu'un citoyen non coupable a été l'objet d'une poursuite injuste, ou qu'une procédure mal instruite n'a produit à l'audience que des charges insuffisantes. Avant la loi du 28 avril 1832, ils avaient assez fréquemment une autre cause, l'excessive sévérité de la loi pénale : l'un des bienfaits du système des circonstances atténuantes a été de tarir cette source d'impunité. Avant 1832, le nombre des accusés acquittés s'était élevé jusqu'à 46 sur 100; à compter de ce moment, ce nombre n'a cessé de diminuer graduellement. De 1833 à 1850, la moyenne des acquittements a été à peu près de 37 sur 100. En 1851, ce chiffre a été de 33 sur 100, en 1852 de 31, en 1853 de 27; nous savons qu'en 1854 ce chiffre s'est encore abaissé. Cette diminution progressive est assurément le plus beau résultat et en même temps l'indice le plus sûr des progrès de la justice. A aucune époque, il n'y a eu moins d'acquittements : il faut reconnaître déjà que le moment n'a pas été heureusement choisi pour accuser la faiblesse du jury.

Voyons maintenant les condamnations prononcées. Avant la loi du 28 avril 1832, les déclarations du jury, lors même qu'elles reconnaissaient l'accusation fondée, ne l'admettaient qu'après l'avoir mutilée. En 1826, 40 accusations seulement sur 100 étaient admises entières et sans modifications; en 1829, 33; en 1831, 31. Mais, dès que la loi nouvelle a permis une juste proportion entre le crime et le châtiment, le chiffre des accusations admises sans changement s'est élevé chaque année. Ce chiffre qui, dès 1832, était de 38 sur 100 accusations, a successivement monté à 43 sur 100 en 1833, à 42 en 1834, à 47 en 1836, etc.; et la statistique constate qu'il s'est élevé à 51 en 1850, à 54 en 1851, à 58 en 1852, enfin à 62 en 1853. Les progrès de la répression ne deviennent-ils pas de plus en plus visibles? La marche de la justice ne se montre-t-elle pas de plus en plus

ferme? Le concours prêté par les jurés n'atteste-t-il pas leur force et leurs lumières?

Mais l'abus de la déclaration des circonstances atténuantes n'a-t-il pas, en abaissant nécessairement les peines, énérvé cette répression? Prenons encore les chiffres. De 1833 à 1850, sur 100 accusés que le jury a déclarés coupables, 72 à peu près ont obtenu le bénéfice d'une déclaration de circonstances atténuantes. En 1851, sur 4,130 accusés reconnus coupables de crimes, 2,830 ont obtenu le même bénéfice : c'est 68 sur 100. En 1852, les circonstances atténuantes n'ont été accordées qu'à 67 sur 100; en 1853, elles ont été accordées à 69 sur 100. Ces chiffres, quoiqu'ils soient très-élevés, ne nous laissent, quant à nous, ainsi que nous l'avons dit ailleurs, aucune inquiétude. Il faut remarquer que si, d'une part, les peines sont atténuées par la déclaration du jury, les condamnations augmentent à la fois. Assuré de pouvoir proportionner les peines avec les délits, de faire justice suivant sa conscience, le jury se montre moins indulgent, il devient plus juste. Or, nous le répétons avec nos deux auteurs, ce qu'il faut surtout à la justice répressive, c'est la certitude du châtement. Il importe assez peu, en résultat, que les peines soient infamantes ou correctionnelles; ce qui importe, c'est qu'il y ait des peines infligées. On ne doit attacher, sauf ce qui concerne les récidivistes, qu'un intérêt secondaire à la durée de la peine; on doit en attacher un très-grave à ce que tout délit soit réprimé par un châtement. Et puis, il ne faut pas oublier que l'introduction des circonstances atténuantes dans notre législation pénale a eu un double but : l'un, dont nous avons déjà parlé, a été de fournir au juge un moyen de prendre en considération, pour mesurer la culpabilité, mille faits divers, mille circonstances qui les modifient sans cesse; l'autre, qu'il ne faut pas perdre de vue, a été de porter un remède efficace aux pénalités évidemment exagérées de notre Code : le législateur, qui n'avait ni le loisir ni les moyens de reviser ce Code, qu'il jugeait cependant en beaucoup de points trop sévère, s'est borné à y introduire une faculté d'atténuation qui permet d'établir un rapport plus exact entre la faute et le châtement. Les peines, pour être modérées, pour être atténuées, ne sont donc ni incomplètes ni faibles, elles sont seulement plus justes.

M. le garde des sceaux, dans le rapport qui précède la statistique de 1850, fait la remarque suivante : « Maintenant, sur

100 accusés que le jury reconnaît coupables de crimes, 70 à 72 obtiennent le bénéfice de circonstances atténuantes ; les magistrats en seraient-ils moins prodigues, s'ils étaient chargés de les appliquer ? Il est permis d'en douter. Ils en faisaient, à la vérité, avant la loi du 28 avril 1832, une bien moins fréquente application. Mais la loi du 25 juin 1824 ne leur laissait le droit de les reconnaître que pour certains crimes, tandis que la faculté accordée au jury s'étend à tous les crimes indistinctement. Habituellement d'ailleurs les magistrats de la cour d'assises s'associent pleinement à l'indulgence du jury, puisque sept fois sur dix ils abaissent la peine de deux degrés, quand ils pourraient ne l'abaisser que d'un seul. D'autre part, les juges des tribunaux correctionnels font, depuis quelques années, une application presque aussi fréquente de l'article 463 que le jury. »

Ces deux dernières assertions sont pleinement confirmées par les chiffres. En 1851, « l'admission des circonstances atténuantes a déterminé l'abaissement de la peine encourue de deux degrés à l'égard de 1,682. Mais il y a lieu de remarquer que, pour 1,096 de ces derniers, la peine ne pouvait pas être abaissée davantage, parce qu'il s'agissait de la reclusion, du bannissement, de la détention ou de la dégradation civique qui forment le degré inférieur dans l'échelle des peines afflictives et infamantes. » En 1852, « les Cours d'assises se sont montrées un peu moins indulgentes dans l'application des peines encourues. Ainsi, elles n'ont abaissé la peine de deux degrés qu'en faveur de 366 sur 1,000 des condamnés admis au bénéfice des circonstances atténuantes, tandis qu'en 1851 elles l'avaient abaissée à l'égard de 406 sur 1,000. » En 1853, « les Cours d'assises ont abaissé la peine de deux degrés au profit de 1,214 (368 sur 1,000) des 3,300 condamnés admis au bénéfice des circonstances atténuantes ; elles l'ont abaissée d'un seul degré à l'égard de 2,086 (632 sur 1,000) ; mais pour 1,296 d'entre eux (393 sur 1,000) elles ne pouvaient pas l'abaisser davantage, parce qu'un seul degré séparait la peine prononcée par la loi des peines correctionnelles. » Ces chiffres éloquents prouvent jusqu'à l'évidence que l'application que fait le jury des circonstances atténuantes n'est pas abusive, puisque les magistrats de la Cour d'assises s'associent habituellement à cette application et en étendent même les conséquences. De là il



faut induire que la nécessité de cette atténuation est constatée, et que la déclaration du jury ne doit être considérée que comme un moyen presque indispensable d'arriver à une saine distribution des peines.

Il est plus curieux encore de voir les juges correctionnels suivre la même voie. Le rapport qui précède le compte de 1850, et qui résume vingt-cinq années de statistique, porte ce qui suit : « L'application de l'article 463, pour atténuer les peines prononcées par le Code pénal, n'est pas moins fréquente devant les tribunaux correctionnels que devant les cours d'assises. Le bénéfice des circonstances atténuantes, qu'avant la loi du 28 avril 1832 les tribunaux n'accordaient qu'à 33 sur 100 des condamnés pour délits communs en général, est maintenant accordé à 56 sur 100. » En 1851, l'article 463 a été appliqué à 54 sur 100 des prévenus condamnés pour délits communs, auxquels cette disposition était applicable. En 1852, la même application a été faite à 53 prévenus sur 100; en 1853, à 57 sur 100. Ainsi, il se trouve que la juridiction correctionnelle, dont on préconise si hautement la fermeté, fait une application à peu près aussi fréquente que le jury de la faculté d'atténuation établie par l'article 463. De là que faut-il conclure? Que ni d'un côté ni de l'autre il n'y a abus; que la justice n'est ni molle ni énervée, par cela seul qu'elle cherche à établir les deux termes de l'équation pénale; que ce qu'il faut déplorer, c'est, d'une part, les poursuites légères et les instructions irréflechies; c'est, d'autre part, les renvois et les acquittements qui ne seraient pas motivés; mais que la véritable cause de la faiblesse de la justice est, comme l'a remarqué Montesquieu, l'impunité des crimes et non la modération des peines.

Et maintenant que nous sommes en présence de toutes ces constatations si précises et si concluantes, ne pouvons-nous pas demander comment on peut sérieusement jeter un cri d'alarme et soutenir que la débilité de la répression pénale met la société en péril? Assurément, je ne prétends nullement que notre justice répressive soit parfaite; je ne prétends point que le jury n'ait pas, comme les juges eux-mêmes, ses jours de défaillance. Toutes les institutions humaines sont incomplètes et pèchent par quelque côté. Mais n'est-il pas au moins évident que les chiffres qui viennent de passer sous nos yeux ne révèlent aucun relâchement, aucun affaiblissement dans la marche

de l'action judiciaire; que, loin de là, ils attestent même que cette action a acquis de plus en plus une plus grande énergie et a produit des effets plus sûrs? A aucune époque, on peut l'affirmer, la justice répressive n'a fonctionné avec plus d'activité; à aucune époque les jurés n'ont fait preuve de plus d'intelligence et de fermeté.

Il est donc assez étrange que ce soit dans une telle situation que l'on vient revendiquer, au profit des juges correctionnels, les attributions du jury. La question, du moins, pourra être dûment examinée, car, assurément, il n'y a pas de péril en la demeure. Quels sont donc les motifs qui ont pu pousser à provoquer cet ébranlement de nos Codes? Nous avons déjà vu que la principale raison, nous ne disons pas le prétexte, est le légitime désir d'arriver à l'abréviation des détentions préventives, et nous avons pu nous convaincre aussi que les moyens mis en avant étaient, à cet égard, tout à fait inefficaces. On a allégué encore la diminution des frais de justice, et, quoiqu'il soit sans doute important de vérifier ces frais de très-près, nous ne croyons pas qu'il faille considérer les garanties de la justice comme des dépenses qu'on peut économiser.

On a parlé encore de l'impôt que les fonctions du jury font peser sur les citoyens et de l'allègement qui résulterait pour eux de la réduction des assises; mais alors pourquoi s'arrêter à un simple allègement? Il y a d'autres motifs encore qu'on n'énonce pas trop ouvertement, mais qui percent d'un bout à l'autre: c'est un certain esprit de défiance contre l'institution même du jury; c'est la pensée qu'il n'est pas à la hauteur de ses fonctions, qu'il ne répond pas à l'idée de la répression telle qu'on se l'est faite; c'est, si l'on veut, la crainte qu'il ne remplisse pas sa mission avec le même zèle, la même aptitude, la même fermeté que les juges permanents.

Faut-il donc reprendre cette vieille querelle, que nous avons crue ensevelie depuis 1789, entre les juges permanents et l'institution des jurés? faut-il défendre le jury? Non, car nous ne le croyons pas sérieusement attaqué par les deux honorables magistrats dont nous examinons les écrits; nous ne croyons même pas qu'il puisse jamais l'être. La procédure par jurés, indépendamment des garanties qu'elle assure à la liberté civile et à la défense, est la forme judiciaire qui fournit à la justice pénale les plus puissants moyens d'arriver à la manifestation de la

vérité. Il n'est plus de criminalistes, nous le croyons du moins, qui, après avoir médité tous les éléments de cette institution, qui fut longtemps un problème, ne soient enfin arrivés à l'adopter nettement et sans hésitation. Nous n'insisterons donc point, au moins quant à présent, sur ce point.

En résumé, nos lois pénales et d'instruction criminelle ne sont point, sans aucun doute, des œuvres parfaites ; elles attendent de l'avenir de graves et nombreuses améliorations ; mais nous ne saurions considérer comme telles les modifications que proposent MM. Bonneville et Rousset. On perfectionne un Code en développant les principes qu'il a posés et non en les détruisant, en affermissant les institutions qu'il a fondées et non en les amoindrissant. Nous sommes bien loin de nos auteurs, puisque notre pensée serait, loin de restreindre les attributions du jury, de les élargir et de les étendre de plus en plus. Et puis, s'il était vrai que la criminalité, comme ils le prétendent, subit une véritable aggravation, est-ce donc à la procédure pénale qu'il faudrait s'en prendre ? Est-ce dans l'administration de la justice que serait la source du mal ? Il y a quelques années, lorsque l'Académie des sciences morales et politiques, également préoccupée du prétendu accroissement des crimes et des récidives, voulut que des études fussent faites pour en rechercher les causes, s'arrêta-t-elle un seul moment à la pensée d'accuser nos juridictions répressives ? Elle posa la question sur son véritable terrain : elle chargea l'un de ses membres les plus éminents, M. le président Bérenger, « de visiter les principaux lieux de répression de la France et de l'Angleterre, de comparer les résultats des systèmes de pénalité des deux pays, de rechercher quelles mesures pourraient être adoptées pour conserver les bons effets de l'expiation, après la libération des condamnés. » C'est, en effet, dans l'étude du régime des prisons, c'est en même temps dans l'appréciation des causes impulsives des crimes et des délits, que peuvent seulement se trouver les remèdes d'un mal qui, lors même qu'il ne s'aggraverait pas, n'appellerait pas moins toute la sollicitude du législateur. Les résultats que M. Bérenger vient de faire connaître de l'enquête à laquelle il a procédé serviront plus à la solution du problème pénal que toutes les modifications que l'on voudrait imposer à nos Codes.

FAUSTIN HÉLIE.

## BIBLIOGRAPHIE.

Sous ce titre : *Le Code Napoléon expliqué d'après les doctrines généralement adoptées à la Faculté de droit de Paris*, M. Delsol, avocat, vient de faire paraître en trois volumes un commentaire du Code qui semble appelé à un grand et légitime succès.

Rien n'est plus rare qu'un bon ouvrage élémentaire ; et s'il en est ainsi pour les sciences positives, cela est plus vrai encore pour une science qui, comme celle du droit, se modifie chaque jour, et qui, plus profondément humaine qu'aucune autre, semble participer, par ses variations et ses incertitudes, aux défaillances de la raison individuelle et aux révolutions incessantes des idées d'un peuple. Remonter jusqu'aux principes primordiaux du droit ; dégager, des éléments divers et souvent contradictoires que présentent la jurisprudence et la doctrine, les règles générales desquelles dériveront ensuite, et d'elles-mêmes, des applications d'une étendue infinie ; formuler les axiomes dont la loi n'est que l'expression, quelquefois inexacte et souvent incomplète ; et enfin, sans jamais perdre de vue la pratique, rechercher l'absolu juridique, c'est là la tâche des auteurs d'ouvrages élémentaires. Ces ouvrages sont en même temps les plus utiles. Ils enseignent les principes à ceux qui les ignorent ; ils peuvent avoir ce précieux avantage d'offrir à la jeunesse, sous la forme d'un livre, les leçons orales qui trop facilement s'échappent de la mémoire. En outre, ils rappellent les mêmes principes à ceux-là même que la pratique des affaires et les détails absorbants de la vie judiciaire écartent quelquefois peut-être des règles abstraites de la science.

Indocti discant, et ament meminisse periti.

Telle est l'œuvre qu'avait entreprise M. Delsol, avocat du barreau de Paris, et qu'il vient de mener à bonne fin. Les trois volumes qu'il a publiés sont l'exposé le plus exact, le plus clair, le plus méthodique des principes de notre droit privé.

M. Delsol, destinant plus particulièrement son livre à la jeunesse des écoles, a suivi de préférence, comme l'indique le

titre même de l'ouvrage, les doctrines des éminents professeurs de la Faculté de Paris ; et notamment les cours de MM. Valette, Oudot et Bugnet, se trouvent, dans son ouvrage, reproduits ou analysés. Il n'a pas, cependant, voulu rester étranger à la jurisprudence, et il a soin d'indiquer les points essentiels sur lesquels elle est en désaccord avec la doctrine, adoptant de préférence, en général, l'opinion des auteurs. Ainsi, par exemple, sur la question de savoir si le légataire universel saisi est tenu *ultra vires*; sur la question de savoir si la femme commune a pour ses reprises un droit de préférence sur les créanciers de la communauté; sur la question de savoir si la dot mobilière est ou non aliénable<sup>1</sup>; sur la question de savoir si la purge légale éteint le droit de préférence en même temps que le droit de suite, M. Delsol adopte les doctrines de l'École, mais en indiquant la solution contraire des arrêts et les motifs sur lesquels elle se fonde.

La division de l'ouvrage est celle qu'avait adoptée déjà Toullier, et qui participe à la fois des avantages du traité et de ceux du commentaire : c'est le traité par sections. De cette manière, sans s'écarter de l'ordre général du Code ni de l'ordre d'ensemble de chaque matière, l'auteur a pu cependant grouper les dispositions de la loi de manière à donner sur chaque matière une théorie méthodiquement exposée.

Pour le style, il est simple, clair, précis comme l'exigeait la nature de l'ouvrage; dans certains passages consacrés à des généralités, et notamment dans les notions générales sur les successions, et dans les pages consacrées au parallèle des différents régimes d'association conjugale, au fondement philosophique de la prescription et à la condition civile des étrangers en France, on retrouve l'élévation d'idées et de langage qui signalait l'*Éloge de Lemaitre*, prononcé en novembre 1853 par M. Delsol, à la rentrée de la Conférence des avocats.

Si maintenant nous examinons successivement ces trois volumes, toujours remarquables par la sûreté des doctrines, nous signalerons particulièrement : dans le premier volume, le titre du Mariage, le titre de la Propriété et la difficile matière des

<sup>1</sup> V. sur cette question, et dans le sens de la jurisprudence de la Cour suprême, une remarquable dissertation (thèse de doctorat) de M. René Bérenger.

Servitudes ; dans le troisième, le Contrat de mariage et le titre des Hypothèques ; et surtout, dans le second, le titre des Contrats. C'est là la partie de l'ouvrage que l'auteur a traitée, entre toutes les autres, avec prédilection ; les travaux de Pothier, de Toullier, de Marcadé sur les Obligations, y sont résumés avec la plus grande précision, et parfois éclairés de lumières nouvelles.

Des lois récentes sont venues réaliser des progrès notables dans nos lois civiles ; elles ne pouvaient être omises dans l'ouvrage de M. Delsol. La loi qui a supprimé la présomption de paternité du mari dans le cas de séparation de corps, la loi qui a aboli la mort civile, et surtout la loi qui a rétabli la transcription, font l'objet de commentaires développés qui expliquent les dispositions et donnent la solution des principales difficultés que l'application de ces lois peut faire naître.

Un pareil ouvrage, signalé à la fois par l'exacte exposition des principes, par la sûreté des doctrines, par la sobriété des développements, par la précision du style, est un véritable service rendu à la science du droit ; et comme expression fidèle de l'enseignement de la Faculté de Paris, il se recommande à la fois à la jeunesse qui vient s'initier par l'étude à la science du droit, et à ceux qui, livrés à la pratique des affaires, aiment à se remettre en mémoire les points fixes de la science. C'est en même temps un bon travail et un ouvrage utile ; à ce double titre, il est assuré du succès. GEORGES GENREAU.

---

### COURS ANALYTIQUE DU CODE NAPOLÉON.

Par M. A. DEMANTE, avocat à la Cour impériale, professeur à la Faculté de droit de Paris.

M. Demante tient enfin une promesse dont ses nombreux élèves et le monde des jurisconsultes attendaient depuis longtemps l'accomplissement avec une bien légitime impatience. Il publie le Cours de droit civil français qu'il professe à la Faculté de Paris ; il réunit et livre à l'impression ces utiles et savantes leçons qui lui ont acquis une si solide et si éclatante renommée. Ainsi, après lui avoir valu l'un des premiers rangs dans l'enseignement parmi les successeurs des Delvincourt et

des Toullier, elles lui assureront encore dans les bibliothèques et dans le souvenir des hommes d'étude une place méritée au milieu des ouvrages de ces illustres maîtres.

Déjà, au commencement de sa carrière, il y a vingt-cinq ans, l'éminent professeur avait donné à ses élèves, en trois volumes, le *Programme* de son cours. On se souvient encore du succès de cet excellent livre. Modestement destiné à l'École, il en franchit aussitôt le seuil. Il se répandit promptement parmi les magistrats et les hommes d'affaires, et il conquit dès le premier moment une juste autorité. Ce n'est point qu'il fût fécond en détails. L'auteur y discutait peu ; il se contentait d'exposer les principes du droit et d'indiquer les problèmes à résoudre ; quelquefois il en laissait pressentir la solution ; jamais il n'en déduisait explicitement les motifs. Mais l'exposition des principes était si nette, ils étaient analysés avec une telle précision, coordonnés avec tant de méthode, chaque question était si judicieusement rapprochée de la raison de décider, qu'un esprit droit et attentif y découvrait sans peine la clef des difficultés de la matière. Aussi M. Demante eut-il cette bonne fortune de voir immédiatement son *Programme*, qui n'avait été composé qu'en vue de ses élèves pour exercer leur esprit et fixer les développements de ses leçons dans leur mémoire, classé par l'estime universelle au nombre des sources qui doivent être nécessairement consultées et par l'écrivain qui se voue à l'étude des théories, et par le juge ou l'avocat qui cherchent à éclairer les obscurités d'une cause.

Et cet honorable succès fut aussi durable qu'il avait été rapide. Plusieurs éditions successivement épuisées attestèrent que le temps, cet arbitre souverain des travaux sérieux, avait consacré le premier jugement du public et affermi la réputation de l'ouvrage. C'est alors que M. Demante, voyant sa carrière dans l'enseignement et ses études avancer vers leur terme, a résolu de compléter son livre en donnant aux nombreuses questions du *Programme* des réponses, auxquelles sa longue expérience et son profond savoir prêteront une autorité d'autant plus considérable. C'était tout à la fois rendre un éminent service à la science du droit, à laquelle il doit son illustration, et s'acquitter de la dette de reconnaissance qu'il a contractée envers le monde judiciaire pour la bienveillance, d'ailleurs si méritée, qui avait accueilli sa première publication. Il s'est donc proposé de

substituer au *Programme* le *Cours analytique du Code Napoléon*, qui sera le fruit d'un enseignement de trente ans et qui formera le résumé des études de sa vie entière.

Cette importante entreprise était à peine commencée, et le premier volume n'avait point encore paru, lorsque l'auteur se vit dans la nécessité d'en suspendre l'exécution pour accomplir les devoirs d'une haute mission. Appelé par la confiance de ses concitoyens à les représenter dans les assemblées nationales, il y prit une part active aux travaux de législation qu'elles ne purent achever pour la plupart. Il ne tint pas à M. Demante, notamment, que la mort civile, cet odieux vestige d'une législation barbare, ne disparût plus tôt de notre Code. Les lecteurs de la *Revue* n'ont point oublié le remarquable rapport qu'il avait fait à l'Assemblée législative sur cette matière, et dont il a bien voulu autoriser la reproduction dans ce recueil. Mais aujourd'hui qu'il est heureusement rendu à ses études de prédilection, il a repris son œuvre, et la publication successive et rapprochée des 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> volumes permet d'espérer qu'il en atteindra bientôt le terme.

Notre tâche ici consiste bien moins à faire connaître aux lecteurs le nouvel ouvrage de M. Demante qu'à signaler à leur attention ce prompt avancement de son travail. Car il n'est pas un jurisconsulte en France à qui le *Programme du cours de Code civil*, qui fait aujourd'hui le fond du *Cours analytique*, ne soit familier; il a servi de guide à beaucoup lorsqu'ils se sont initiés à la science du droit; il a soutenu les premiers pas de presque tous les élèves de nos Facultés depuis vingt-cinq ans. Il est donc peu d'écrivains dont le talent ait pu être mieux apprécié, soit plus populaire et dont, par conséquent, l'éloge soit plus inutile, parce qu'il ne pourrait rien ajouter au jugement déjà porté depuis longtemps sur l'auteur et sur le livre.

Qu'apprendrions-nous, en effet, à nos lecteurs en leur retraçant le plan du *Cours analytique*, puisqu'il n'est autre que celui du *Programme*, en leur parlant de la netteté avec laquelle les principes y sont exposés, de la rectitude de logique, de la simplicité correcte de langage, de la modération dans la pensée comme dans la forme qui s'y font remarquer et qui constituent autant de caractères très-précieux du talent de M. Demante? Toutes ces qualités que l'honorable professeur possède à un degré si éminent, n'ont-elles pas déjà assuré le succès du *Pro-*



*gramme* dont le *Cours* n'est aujourd'hui qu'une dernière édition plus complète. Il nous suffira sans doute de dire qu'elles se retrouvent au même degré dans la partie nouvelle de son œuvre, pour donner à nos lecteurs une juste idée de tout son mérite.

Ajoutons que dans cette partie, consacrée à la solution des problèmes qui n'étaient qu'indiqués dans le *Programme*, l'auteur a su toucher à un si grand nombre de difficultés, soulever tant d'idées utiles soit à la théorie, soit à la pratique, qu'on demeure étonné qu'il ait pu les condenser dans un cadre de sept volumes seulement. Aussi ce n'est que par la méditation de chaque page qu'on peut en extraire toute la substance, et souvent les mots veulent être pesés pour que toute la portée et tout le sens s'en révèlent à l'esprit. Les discussions de l'auteur sont toujours extrêmement courtes. Il élague les développements qui ne sont pas absolument indispensables soit à la démonstration de sa doctrine, soit à la réfutation des objections capitales. Il cherche à ne produire que la raison décisive et à la renfermer dans une formule concise et brève. C'est là assurément un mérite rare et qu'il n'est donné qu'à bien peu d'écrivains d'atteindre. Mais aussi, il faut en convenir, c'est quelquefois un péril, alors même qu'on réussit le mieux à concilier la richesse du fond avec la concision de la forme, parce qu'un examen superficiel ne permet pas de saisir toute la valeur de l'ouvrage, et que, dès lors, pour bien des lecteurs, une portion des éléments précieux accumulés par l'auteur se trouve perdue. Et qu'on ne dise pas qu'un livre de droit n'est point fait pour être lu rapidement. Malheureusement l'entraînement des affaires laisse bien peu de loisir pour les travaux purement spéculatifs, et à l'exception peut-être d'un petit nombre de jurisconsultes qui s'enferment dans le cabinet et y fuient à dessein le tourbillon du palais, on consulte les livres aujourd'hui, et on ne les étudie plus. En présence de cette disposition des esprits si fâcheuse pour la science, nous nous demandons si le savant auteur du *Cours analytique* n'aurait pas rendu un service plus grand aux hommes qui sont voués aux luttes des affaires, et préparé à son nouvel ouvrage, s'il est possible, un succès plus rapide et plus populaire, en laissant prendre quelquefois un peu plus de développement à ses discussions.

Nous permettra-t-il encore de regretter dans son livre, à ce même point de vue, l'expression quelquefois trop franche

d'une modestie qui fait honneur à son esprit et à son caractère? Il ne propose souvent son opinion qu'avec des réserves de langage, et plus d'un lecteur prendra peut-être pour de l'hésitation cette excessive modération de forme qui fait dire à l'illustre professeur « je pense, » alors qu'il pouvait affirmer. Sans doute, la modestie est la compagne ordinaire du vrai savoir et des études consciencieuses; sans doute rien n'est plus digne d'un maître éminent que d'écrire, comme M. Demante, à la première page de sa préface : « N'ayant cessé de travailler, j'ai dû me corriger, et s'il m'est donné d'ajouter encore quelques années aux vingt-huit années de mon exercice, j'espère bien me corriger encore. » Cependant il ne faut pas exagérer cette rare qualité; il ne faut pas faire une trop grande part à des scrupules de cette nature, de peur de laisser froids les esprits des lecteurs et de ne pas leur communiquer la conviction dont on est animé soi-même. Certes, personne n'aurait songé à reprocher à M. Demante d'enseigner ses doctrines d'un ton un peu plus ferme. Qui donc en a le droit plus que lui, avec l'autorité si considérable qui appartient à son talent, à son long travail et à son expérience consommée?

Les trois volumes édités jusqu'à ce jour comprennent le commentaire des deux premiers livres du Code et du titre des Successions. Le dévouement que M. Demante apporte à l'exécution de son œuvre nous permet d'espérer que les quatre derniers volumes, dignes de tous points de leurs aînés, ne se feront pas longtemps attendre. Ainsi, encore quelques années, et le savant professeur aura doté la science du droit d'un grand ouvrage de plus sur notre législation civile, et il aura mis le sceau par cette publication à l'illustration qu'il doit déjà à son enseignement et à son *Programme*.

FL. MIMEREL.

# TABLE DES MATIÈRES

## PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

	Pages.
Action en résolution. V. Vente.	
Agent de change. — Actions industrielles. — Vente publique. . . . .	3
Associés. V. Sociétés civiles.	
Assurances. — Recrutement militaire. — Augmentation du contingent.	481
Bail. — Chose louée. — Vice. — Usage. . . . .	6
Bibliographie. — De la séparation de biens judiciaire, par M. Dutruc.	104
— Du partage de succession, par le même. . . . .	106
— Des conséquences des condamnations relativement à la capacité. . . . .	107
— De la reconvention, par M. Tempier. . . . .	107
— Histoire politique des États-Unis, par M. Laboulaye. . .	283
— Revue critique de législation et de jurisprudence d'Allemagne. . . . .	473
— Manuel du partage des successions, par M. Amédée Nicolas. . . . .	479
— Le Code Napoléon expliqué d'après les doctrines de la Faculté de Paris, par M. Delsol. . . . .	562
— Cours analytique du Code Napoléon, par M. A. Demante, professeur à la Faculté de Paris. . . . .	564
Bornage. — Quand il s'agit de procéder au bornage de deux pièces contiguës entre lesquelles il n'existe ni haie, ni fossé, ni aucun autre objet propre à déterminer les limites, quelle règle doit-on suivre? . .	508
Chronique. — Académie de législation de Toulouse. — Inauguration de la fête de Cujas. . . . .	110
Commerce des grains. V. Législation industrielle.	
Commission rogatoire. V. Droit pénal.	
Correctionnalisation. V. Droit pénal.	
Dessèchement des marais. V. Législation industrielle.	
Donations en contrat de mariage. — Survenance d'enfant. — Révocation.	145
Droit administratif. — Des garanties qu'il présente aux droits privés, expliquées par des exemples tirés de la jurisprudence des travaux publics. . . . .	375
Droit étranger. V. Bibliographie.	
Droit naturel. — Essai philosophique sur les principes fondamentaux du droit naturel envisagé comme une science spéciale. . . . .	199
Droit pénal. — Des commissions rogatoires en matière criminelle. . .	211
— De la correctionnalisation des crimes. . . . .	245 et 527

570 TABLE DES MATIÈRES PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

	Pages.
Droit pénal. — Étude de législation comparée sur le Code d'instruction criminelle de 1853 pour l'empire d'Autriche. . . . .	316
Effet rétroactif. V. Naturalisation.	
Enregistrement. V. Soulte.	
Établissements ecclésiastiques. — Des libéralités faites en leur faveur.	403
Expropriation pour cause d'utilité publique. V. Transcription.	
Indignité. V. Succession.	
Jurisprudence. — Quelques réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées. . . . .	191
Législation industrielle. — Ancienne législation sur le commerce des grains. . . . .	449
— Édits de 1599 et 1607 sur le dessèchement des marais. . . . .	449
Libéralités. V. Établissements ecclésiastiques.	
Monnaies. — Des rapports légaux de l'or et de l'argent. . . . .	236
Naturalisation. — Effet rétroactif du décret du 5 mars 1848, art. 7 et 8.	113
Notaires. V. Responsabilité.	
Partage d'ascendant. — Quotité disponible. — Calcul. — Réunion fictive. — Acte entre-vifs. . . . .	16
Pays étranger. V. Testament.	
Philosophie du droit. V. Droit naturel.	
Privilèges. — Les privilèges généraux énumérés dans l'article 2101 doivent-ils primer les privilèges spéciaux établis par l'article 2102, lorsqu'ils sont en concours avec ces derniers? . . . . .	66
Prix. V. Vente.	
Responsabilité. — Les notaires sont-ils tenus, même en dehors d'un mandat pour cela, de veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires pour la conservation des droits résultant, en faveur des parties, des actes qu'ils reçoivent? . . . . .	35
Révocation. — V. Donation en contrat de mariage.	
Serment. V. Témoin.	
Société. — Publication. — Commanditaire. — Solidarité. . . . .	4
Sociétés civiles. — Des rapports existants dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers. . . . .	289
Soulte. — Du droit de soulte en lui-même et par rapport aux droits d'enregistrement. . . . .	498
Succession. — Indignité. — Déchéance de plein droit. . . . .	10
Témoins. — Serment. — Tribunaux de commerce. . . . .	491
Testament authentique, formes, officiers publics, pays étranger. . . . .	2
Testament mystique. — Pays étranger. . . . .	1
Tiers. V. Sociétés civiles.	
Transcription. — Des effets de la loi du 23 mars 1855 par rapport à l'expropriation pour cause d'utilité publique. . . . .	92
Travaux publics. V. Droit administratif.	
Tribunaux de commerce. V. Témoins.	
Vente. — Action en réduction de prix. — Action en résolution. — <i>Electa una via non datur recursus ad alteram.</i> . . . . .	489

# TABLE DES ARTICLES

## PAR NOMS DES AUTEURS.

---

	Pages.
<b>ANCELOT</b> : Quelques réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées. . . . .	191
<b>AUBÉPIN</b> : De l'influence de Dumoulin sur certains points de droit civil. . . . .	145
<b>BERGSON</b> : Bibliographie. — Revue critique de législation et de jurisprudence d'Allemagne. . . . .	473
<b>Ch. BEUDANT</b> : De la naturalisation. — Effet rétroactif du décret du 5 mars 1848. . . . .	113
<b>CABANTOUS</b> : Des effets de la loi du 23 mars 1855 par rapport à l'expropriation pour cause d'utilité publique. . . . .	92
<b>COIN-DELISLE</b> : Examen doctrinal. . . . .	1
<b>COTELLE</b> : Des garanties que notre régime administratif renferme et offre aux droits privés, dans les points de contact de la propriété et de l'industrie avec les intérêts financiers et économiques de l'État. — Jurisprudence des travaux publics. . . . .	375
<b>FAUSTIN HÉLIE</b> : Réfutation du système proposé sur la correctionnalisation des crimes. . . . .	527
<b>GEORGES GENREAU</b> : Bibliographie. — Le Code Napoléon expliqué d'après les doctrines de l'École de Paris, par M. Delsol. . . . .	562
<b>GUSTAVE ROUSSET</b> : De la correctionnalisation des crimes. (Deuxième article.) . . . . .	245
<b>HUREAUX</b> : De la suppression des tribunaux d'appel des chefs-lieux judiciaires. . . . .	465
<b>KOENIGSWARTER</b> : Étude de législation comparée sur le Code d'instruction criminelle de 1853 pour l'empire d'Autriche. . . . .	316
<b>LE MENUET</b> : Du concours sur le mobilier des privilèges généraux avec les privilèges spéciaux. . . . .	66
<b>Fl. MIMEREL</b> : Bibliographie. — Cours analytique du Code Napoléon, par M. A. Demante. . . . .	564
<b>A.-L. MORIN</b> : Du bornage. . . . .	508
<b>NICIAS-GAILLARD</b> : Examen doctrinal de la jurisprudence civile. . . . .	481

572 TABLE DES ARTICLES PAR NOMS DES AUTEURS.

	Pages.
PAUL PONT : De la responsabilité des notaires. . . . .	35
Chronique. . . . .	110
Bibliographie. — Histoire politique des États-Unis, par M. de Laboulaye. . . . .	283
— Manuel du partage des successions, par M. Amédée Nicolas. . . . .	479
RIGAUT : Essai philosophique sur les principes fondamentaux du droit naturel. (Suite et fin.) . . . . .	199
DE SALVERTE : Essai sur les libéralités en faveur des établissements pu- blics ou ecclésiastiques. . . . .	403
DE SERRIGNY : Des rapports légaux de l'or et de l'argent. . . . .	236
V. THIRY : Des rapports existant dans les sociétés civiles entre les asso- ciés et les tiers. . . . .	289
DE VALROGER : Bibliographie. — De la séparation de biens judiciaire et des partages de succession, par M. Dutruc; — Des consé- quences des condamnations pénales relativement à la capa- cité des personnes, par M. Hambert; — De la reconvention, par M. Tempier. . . . .	104
AMB. VENTE : Des commissions rogatoires en matière criminelle. . . . .	211
WOLOWSKI : Histoire de la législation industrielle. — Administration de Henri IV. . . . .	428









